

Dietmar Freitag

Die Niederschrift
in der öffentlichen Verwaltung

1960

1969



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555619_0017

Die Niederschrift in der öffentlichen Verwaltung

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von Dietmar Freitag aus Dortmund

1969



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Hans J. Wolff

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Christian-Friedr. Menger

Dekan: Prof. Dr. Hellmuth Seidenfuß

Tag der mündlichen Prüfung: 11. Dezember 1968

Dem Andenken meines Vaters

1898

1957

Inhaltsübersicht

Seite

Literaturverzeichnis	VIII
Gesetzesverzeichnis	XV
Abkürzungsverzeichnis	XX
§ 1 Einführung	1
1. Teil	
Begriff und Verwendung der Niederschrift im Bereich der öffentlichen Verwaltung	4
§ 2 Begriff der Niederschrift	5
I. Sprachliche Bedeutung	6
II. Merkmale des Rechtsbegriffs	7
a. Schriftliche Aufzeichnung	7
b. Tatsächliches Geschehen	8
c. Persönliche Wahrnehmung	9
d. Selbständige, förmliche Verkörperung	9
III. Allgemeine Gültigkeit des entwickelten Begriffs	11
a. Historische Entwicklung	11
b. Heutige Verwendung	13
§ 3 Die Niederschrift im Bereich der öffentlichen Verwaltung	14
I. Begriff der öffentlichen Verwaltung	14
a. Materieller Sinn	15
b. Organisatorischer Sinn	15
c. Funktioneller Sinn	15
II. Begrenzung des Untersuchungsbereiches	16

	Seite
III. Die typischen Verwendungsbereiche	17
a. nach dem Gesetz	17
1. in förmlichen Verhandlungen des Verwaltungsverfahrens	18
2. in Wahl- und Prüfungsverfahren	18
3. in Beratungsverfahren	19
4. bei wichtigem Vorbringen von Zivil- personen	19
b. nach dem Zweck des Verfahrens	20
§ 4 Arten der Niederschrift	22
I. Arten nach dem Anlaß des Entstehens	22
a. Verhandlungsniederschrift	22
b. Beratungsniederschrift	23
c. Erklärungsniederschrift	24
d. Feststellungsniederschrift	25
II. Arten nach der Ausführlichkeit des Inhalts	26
a. Formalienniederschrift	26
b. Inhaltsniederschrift	26
1. Ergebnisniederschrift	27
2. Niederschrift über den wesentlichen Verlauf	27
3. Wörtliche Niederschrift	27
III. Arten nach der Art und Weise der Anfer- tigung	28
a. Zug um Zug-Niederschrift	28
b. Gesamt- und Teilniederschrift	28
§ 5 Der Zweck der Niederschrift	29
I. Feststellungsfunktion der Niederschrift	29
a. Dokumentationsfunktion	29
b. Transportfunktion	30

II. Beweisfunktion der Niederschrift	30
III. Nebenfolgen der Pflicht zur Anfertigung	31
a. Garantiefunktion	31
b. Warn- und Klarstellungsfunktion	31
 2. Teil	
Die Niederschrift als Beweisurkunde	32
§ 6 Rechtscharakter der Niederschrift	34
I. Der Begriff der Urkunde	34
a. Urkunde im prozessualen Sinn	34
b. Urkunde im materiellen Sinn	35
II. Unterscheidung nach dem Inhalt der Niederschrift	36
a. Die bezeugende Urkunde	36
b. Die wirkende Urkunde	36
III. Unterscheidung nach der Person des Ausstellers	38
a. Die öffentliche Urkunde	38
1. Ausstellung durch eine Behörde	38
2. Zuständigkeit der Behörde	40
3. Form der Urkunde	40
b. Die Niederschrift als öffentliche Urkunde im materiellen und prozessualen Sinn	40
c. Die private Urkunde	41
§ 7 Die Beweiskraft der Niederschrift	43
I. Begriffserklärung	43
a. Die Niederschrift als Beweismittel	44
b. Materielle und formelle Beweiskraft	44

	Seite
II. Die formelle Beweiskraft	45
a. Umfang und Wirkung	45
b. Beschränkung der Beweiskraft	46
III. Die Möglichkeit des Gegenbeweises	49
IV. Einschränkung des Gegenbeweises	50
a. Umfang der Beschränkung im Prozeßrecht	50
b. Beschränkung im förmlichen Verwaltungs- verfahren	50
 3. Teil	
Gültigkeitsvoraussetzungen der beweiskräftigen Niederschrift	52
 § 8 Die Echtheit der Niederschrift	53
I. Begriff der Echtheit	53
a. Materieller Sinn	53
b. Prozessualer Sinn	55
II. Entscheidung über die Echtheit	55
 § 9 Der Inhalt der Niederschrift	56
I. Notwendiger Inhalt	56
a. Feststellungsinhalt	56
1. Einzelne Feststellungsangaben	57
2. Begründung ihrer Notwendigkeit	57
b. Erklärungsinhalt	58
1. Gesetzliche Erfordernisse	58
2. Erfordernisse nach dem Zweck	59
c. Unterschrift des Schriftführers	60
1. Rechtliche Bedeutung der Unterschrift	60
2. Begründung ihrer Notwendigkeit	61
3. Unterschrift mehrerer Schriftführer	62

	Seite
d. Unterschrift weiterer Verfahrensbe- teiligter	62
II. Tatsächlicher Inhalt	63
III. Anlagen	64
§ 10 Beteiligte an der Niederschrift	66
I. Der Schriftführer	66
a. Begriffsbestimmung	66
b. Träger der Schriftführereigenschaft	68
1. Der Berichterstatter als Schriftführer	68
2. Der Vorsitzende als Schriftführer	68
3. Vorsitzender und Berichterstatter als gemeinschaftliche Schriftführer	69
c. Träger der Schriftführerfunktion	71
1. Im Bereich monokratischer Verwaltung	71
2. Bei selbständigen Ausschüssen	72
3. Im Gemeinderat	73
4. Ehrenamtlicher Schriftführer	75
d. Persönliche Anforderungen	76
II. Die Zustimmungsperson	76
a. Begriffsbestimmung	76
b. Verwendung bei verschiedenen Nieder- schriftstypen	77
III. Weitere Beteiligte	78
§ 11 Anfertigung und äußere Form der Niederschrift	80
I. Begriffserklärung	80
II. Art und Weise der Anfertigung	81
III. Ziel der Anfertigung	83
IV. Äußere Form der Niederschrift	84
V. Anfertigung unter Zuhilfenahme eines Ton- bandgerätes	84

	Seite
a. Ersatz durch das Tonband	84
1. Tonband als Urkunde	84
2. Zweckerreichung wie die Niederschrift	87
b. Tonband als technisches Hilfsmittel	89
1. Ersatz der Notizen	90
2. Ersatz der stenographischen Aufzeichnung	90
c. Umfang der Verwendung	91
d. Grenzen der Verwendung	92
 4. Teil	
Rechtsfolgen der mangelhaften Niederschrift	95
 § 12 Änderung der Niederschrift	96
I. Zulässigkeit	96
a. Änderung der nicht vollzogenen Niederschrift	97
b. Änderung der teils vollzogenen Niederschrift	97
c. Änderung der fertiggestellten Niederschrift	98
II. Berichtigungsverfahren	98
a. Berichtigung von Amts wegen	98
b. Berichtigung auf Antrag	98
c. Entscheidung über den Antrag	99
 § 13 Wirkung von Mängeln auf die Beweiskraft der Niederschrift	100
I. Keine Beeinträchtigung der Beweiskraft	100

II. Beeinträchtigung einzelner Teile der Niederschrift	101
a. Widersprüchliche Bekundungen	101
b. Lückenhafte Bekundungen	101
c. Unstimmigkeiten in den Bekundungen	102
III. Beeinträchtigung der Beweiskraft insgesamt	102
a. Mängel der äußeren Beschaffenheit	102
b. Fehlende Unterschrift von Zustimmungspersonen	103
c. Fehler in der Anfertigung	103
d. Mängel des Rechtscharakters	104
IV. Fehlen der Beweiskraft	104
a. Fehlende Unterschrift des Schriftführers	105
b. Unechte Urkunde	105
§ 14 Bedeutung der Niederschrift für die Verfahrensentscheidung	106
I. Rechtsbegründende Wirkung	107
a. Keine Gültigkeitsvoraussetzung	108
b. Ausnahmen	108
II. Rechtsbeeinträchtigende Wirkung	108
a. Stellungnahme in Gesetz und Literatur	109
b. Wirkung des Niederschriftsmangels	111
§ 15 Zusammenfassung	112

Literaturverzeichnis

- Alsberg, Max / Nüse, Karl-Heinz, Der Beweisantrag im Strafprozeß, 2. Aufl., Berlin, Köln 1956
- Baden, Manfred / v. Mitzlaff, Hans Jürgen, Wehrdisziplinarordnung, 6. Aufl., Frankfurt 1965
- Bauch, Botho / Schmidt, Rudolf, Landbeschaffungsgesetz und Schutzbereichsgesetz, Kommentar, Stuttgart 1957
- Baumbach, Adolf / Lauterbach, Wolfgang / Albers, Jan, Zivilprozeßordnung, Kommentar, 28. Aufl., München, Berlin 1965
- Benner, Jürgen, Die Zuständigkeitsverteilung auf Gemeindegemeinschaft und Rat in Nordrhein-Westfalen nach Gesetz und Ortsrecht, Diss. Münster 1960
- Bergmann, Walter, Dimafonprotokolle im Zivilprozeß, DRiZ 1960, 174 - 177
- v. Bethmann-Hollweg, M. A., Der römische Civilprozeß, Bd. II, Bonn 1865, Bd. III, Bonn 1866
- Bresslau, Harry, Handbuch der Urkundenlehre für Deutschland und Italien, Bd. I, 2. Aufl., Leipzig 1912, Bd. II, 2. Aufl., Leipzig 1915
- Bruns, Rudolf, Zur Systematik der gesetzlichen Beweisarten im Zivilprozeß, JZ 1957, 489 - 494
- Burghartz, Franz-Josef, Wasserhaushaltsgesetz und Wassergesetz für Nordrhein-Westfalen, Kommentar, München, Berlin 1962
- Dagtoglou, Prodromos, Kollegialorgane und Kollegialakte der Verwaltung, Stuttgart 1960
- Damrau, Jürgen, Das Tonband in Sitzungen der Gemeindevertretungen, DÖV 1965, 87 - 88
- Dietz, Rolf, Personalvertretungsgesetz, Kommentar, München, Berlin 1956
- Dittus, Wilhelm / Zinkahn, Willy, Baulandbeschaffungsgesetz, Kommentar, München, Berlin 1954
- Döhring, Erich, Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500, Berlin 1953

- Dünnebier, Hanns / Glanzmann, Roderich / v. Stackelberg
Curt Frh., Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages,
Berlin 1955, Herausgeber, Ständige Deputation, Bd. II,
Abt. G, Tübingen 1956
- Enneccerus, Ludwig / Nipperdey, Hans Carl, Allgemeiner Teil des
bürgerlichen Rechts, Lehrbuch, Bd. I, 1. Halbband,
15. Aufl., Tübingen 1959, 2. Halbband, 15. Aufl,
Tübingen 1960
- Feldmann, Das Tonband als Beweismittel im Strafprozeß, NJW
1958, 1166 - 1169
- Fitting, Karl / Meyer, Hermann / Lorenzen, Uwe, Personalvertre-
tungsgesetz, Kommentar, 3. Aufl., Hamburg 1964
- Gönnenwein, Otto, Gemeinderecht, Lehrbuch, Tübingen 1963
- Grimm, Jakob u. Wilhelm, Deutsches Wörterbuch, Herausgeber:
Deutsche Akademie der Wissenschaften, Berlin Bd. 7,
Leipzig 1889, Bd. 11, III. Abt., Leipzig 1936, Bd. 12,
I. Abt., Leipzig 1956
- Groschupf, Otto, Wie entscheidet das Verwaltungsgericht, wenn
das Verwaltungsverfahren fehlerhaft war? DVBl 1962,
S. 627 - 634
- Havers, Hans / Wenzel, Herbert, Personalvertretungsgesetz für
Nordrhein-Westfalen, Kommentar, Düsseldorf 1961
- v. Hausen, Heiner / v.d. Heide, Hans-Jürgen, Bundesbaugesetz,
Handkommentar, München 1961
- Heitzer, Sebastian / Oestreicher, Ernst, Bundesbaugesetz,
Kommentar, 2. Aufl., Berlin 1965
- Hellbling, Ernst, Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensges-
etzen (für Oesterreich) Bd. I, Wien 1953
- Helmreich, Karl / Widtmann, Julius, Bayrische Gemeindeordnung,
Kommentar, 3. Aufl., München, Berlin 1966
- Hendrix, Peter, Die Protokollführung in der Hauptverhandlung
der Strafgerichte, 3. Aufl., Bielefeld 1958
- Henkel, Heinrich, Die Zulässigkeit und die Verwertbarkeit
von Tonbandaufnahmen bei der Wahrheitserforschung im
Strafverfahren, JZ 1957, 148 - 155
- Heumann, A. / Seckel, E., Handlexikon zu den Quellen des römi-
schen Rechts, 10. Aufl., Graz 1958
- Heusler, A., Die Grundlagen des Beweisrechts, AcP Bd. 62
(1879), S. 209 - 319

- Hodes, Fritz, Wehrdisziplinarordnung, Kommentar, Köln,
Berlin 1957
- v. Holtzendorff, Rechtslexikon in Encyclopädie der Rechtswissenschaft, Herausgeber: Franz v. Holtzendorff, III. Bd., Leipzig 1881, Bearbeiter des Stichworts Protokoll: K. Wiednig und F. v. Martitz
- Hölzl-Rollwagen, Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern, Kommentar, Bearbeitet von Josef Hölzl, 3. Aufl., München 1960
- Huber, Ernst Rudolf, Wirtschaftsverwaltungsrecht, I. Bd., 2. Aufl., Tübingen 1953, II. Bd., 2. Aufl., Tübingen 1954
- Hülsebusch, Otto / Schulte, Günter, Erstes Vereinfachungsgesetz für Nordrhein-Westfalen, Textausgabe mit Erläuterungen, Göttingen 1959
- Jellinek, Walter, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. (unveränderter Neudruck von 1931), Offenburg 1950
- Kaser, Max, Das römische Zivilprozeßrecht, München 1966
- Keidel, Fritz / Keidel, Theodor, Freiwillige Gerichtsbarkeit, Kommentar, 9. Aufl., München - Berlin 1967
- KGSt, Vorbereitung, Niederschrift und Durchführung der Beschlüsse gemeindlicher Beschlußorgane, Herausgeber: Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung 1958
- Kleineberg, Der Begriff Urkunde, Leipz. Z., 19. Jahrg. (1925) Sp. 794 - 807
- Kohlhaas, Max, Tonbandaufnahmen im Strafprozeß, DRiZ 1955, 80 - 84
- Kohlhaas, Max, Die Tonbandaufnahme als Beweismittel im Strafprozeß, NJW 1958, 81 - 85
- Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch, Kommentar, bearbeitet von Richard Lange, 43. Aufl., Berlin 1961
- Kottenberg, Kurt, Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, Handkommentar, 7. Aufl., Siegburg 1963
- Kunze, Richard / Schmid, Carl, Die Gemeindeordnung für Württemberg-Baden, Kommentar, 2. Aufl., Stuttgart 1964
- Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1960

- Laux, Eberhard, Praktische Organisationskunde für kleinere und mittlere Kommunalverwaltungen, Köln, Berlin 1964
- LK, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Herausgeber: Heinrich Jagusch, Edmund Mezger, II. Bd., 8. Aufl., Berlin 1958; Bearbeiter von §§ 267 ff. Heinrich Jagusch
- Lüersen, Karl / Neuffer, Martin, Niedersächsische Gemeindeordnung, Sonderdruck aus "Praxis der Gemeindeverwaltung" 1966
- Löwe-Rosenberg, Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 21. Aufl., 1. Bd., Berlin 1963; Bearbeiter der §§ 271 ff. Friedrich Wilhelm Geier
- Maetz, Richard, Handwörterbuch der Verwaltungspraxis, Herausgeber: Walther Gärtner, Ewald Löser und Laurenz Schneider, Berlin 1930, Verfasser des Stichworts Verhandlungsniederschrift: Richard Maetz
- v. Mangoldt, Herrmann / Klein, Friedrich, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd. I, 2. Aufl., Frankfurt, Berlin 1957
- Mannlicher, Egbert, Das Verwaltungsverfahren (in Oesterreich), Kommentar, 6. Aufl., Wien 1953
- Maunz, Theodor / Dürig, Günther, Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl., München, Berlin 1963
- Maurach, Reinhart, Deutsches Strafrecht, Lehrbuch, Bes. Teil, 2. Aufl., Karlsruhe 1956
- Melchers, Hans, Hat die Genehmigung von Niederschriften noch einen Sinn? KPBl. 1957, 891
- Mertes, Eduard, Tonbandaufnahmen in gemeindlichen Beschlußgremien, KPBl. 1962, 713 - 715
- Meyer, Otto / Thiel, Fritz / Froberg, Günther, Enteignung von Grundeigentum, Kommentar, 5. Aufl., Berlin 1959
- Mezger, Edmund, Strafrecht, Allg. Teil, Studienbuch, 11. Aufl., München, Berlin 1965
- Molitor, Erich, Personalvertretungsgesetz, Kommentar, 2. Aufl., Berlin, Frankfurt 1958
- Müller-Sax, Kommentar zur Strafprozeßordnung, 6. Aufl., herausgegeben von Herrmann Müller und Walter Sax, Darmstadt 1966
- Mutzke, Hans / Schlempp, Hans, Kommentar zur hessischen Gemeindeordnung, Bad Homburg 1954

- Nass, Klaus Otto, Wahlorgane und Wahlverfahren bei Bundestags- und Landtagswahlen, Göttingen 1959
- Odenbreit, Walter / Hensel, August Wilhelm, Gemeindeordnung in Nordrhein-Westfalen, Kommentar, 12. Aufl., Münster 1964
- Peters, Hans, Lehrbuch der Verwaltung, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949
- Pikart, Heinz / Henn, Karl Eugen, Lehrbuch der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Köln, Berlin 1963
- Pleyer, Klemens, Schallaufnahmen als Beweismittel im Zivilprozeß, ZZP Bd. 69 (1956), S. 321 - 338
- Radbruch, Gustav, Rechtsphilosophie, 3. Aufl., Leipzig 1932
- Rassow, Walter, Sitzungsprotokoll und Tonband, NJW 1958, 653 - 655
- Rauch, Herbert, Zur Frage der mittelbaren Falschbeurkundung bei gerichtlichen Protokollen und Urteilen, DStR 1939, 297 - 307
- RGRK, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, Bd. I, 1. Teil, 11. Aufl., Berlin 1959
- Roggemann, Herwig, Das Tonband im Verfahrensrecht, Bd. 44 der Göttinger Rechtswissenschaftlichen Studien, Göttingen 1962
- Röhl, Hellmut, Hauptverhandlungsprotokoll auf Tonband, JZ 1956, 591 - 593
- Röhl, Hellmut, Tonbandaufnahme - Zulässigkeit und Grenzen ihrer Verwendung im Rechtsstaat, JZ 1957, 67 - 69
- Rosenberg, Leo, Lehrbuch des Deutschen Zivil-Prozeßrechts, 9. Aufl., München, Berlin 1961
- Rump, Otto, Erstes Vereinfachungsgesetz für Nordrhein-Westfalen, Kommentar, Siegburg 1958
- Salzmann, Heinrich / Schunck, Egon / Hofmann, Walter / Schrick, Alfred, Das Selbstverwaltungsgesetz für Rheinland-Pfalz, 3. Aufl., Siegburg 1965
- Scupin, Hans Ulrich, Die Zulässigkeit und Verwertbarkeit von Tonbandaufnahmen im polizeilichen Ermittlungsverfahren, DÖV 1957, 548 - 555
- Schlegelberger, Franz, Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Kommentar, 7. Aufl., Köln, Berlin 1956

- Schmidt, Eberhard, Die Verwendbarkeit von Tonbandaufnahmen im Strafprozeß in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 625 - 644, München 1955
- Schmidt, Eberhard, Zulässigkeit und Verwendbarkeit von Tonbandaufnahmen im Strafverfahren, JZ 1956, 206 - 211
- Schmidt, Hans Joachim, Protokolle im Zivilprozeß unter Benutzung von Tonbändern, DRiZ 1960, 52 - 53
- Schmidt, Hans Joachim, Protokolle durch Tonbandaufnahmen im Zivilprozeß? ZZP Bd. 76 (1963), 87 - 95
- Schneider, Ludwig, Kommunalwahlrecht, 2. Aufl., Göttingen 1964
- Schönke, Adolf / Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, 11. Aufl., München, Berlin 1963
- Schönke, Adolf / Schröder, Horst / Niese, Werner, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Aufl., Karlsruhe 1956
- Schreiber, Jürgen, Wehrbeschwerdeordnung, Frankfurt 1957
- Schröder, Richard / v. Künßberg Frh., Eberhard, Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, 6. Aufl., Leipzig 1919
- Schrödter, Hans, Bundesbaugesetz, Kommentar, Berlin, Frankfurt 1964
- Schuler, Die Abfassung der Sitzungsniederschrift, NJW 1955, 1258 - 1262
- Schütz, Walter / Froberg, Günther, Bundesbaugesetz, Kommentar, 2. Aufl., Neuwied, Berlin 1962
- Schwartzenberg, Friedrich-Daniel, Historisch-juristische Abhandlung von denen Gerichts-Actuariis, Stadtschreibern und Secretariis, Halle 1734
- Seehusen, A. W. / Schwede, Th. C. / Nebe, Flurbereinigungsgesetz, Kommentar, 2. Aufl., Stollhamm 1966
- Seifert, Karl-Heinz, Bundeswahlgesetz und Bundeswahlordnung, Kommentar, Berlin, Frankfurt 1957
- Siegert, Karl, Die außergerichtliche Tonbandaufnahme und ihre Verwertung im Zivilprozeß, NJW 1957, 689 - 691
- Staudinger, Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, herausgegeben von Franz Prändl und Helmut Coing, 11. Aufl., Berlin 1957
- Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, begründet von Friedrich Stein, Martin Jonas, herausgegeben von Adolf Schönke und Rudolf Pohle, 1. Bd., 18. Aufl., Tübingen 1953

- Steinwenter, Artur, Beiträge zum öffentlichen Urkundswesen der Römer, Graz 1915
- Stier, Robert, Flurbereinigungsgesetz, Kommentar, 2. Aufl., München, Berlin 1967
- Stier-Somlo, Fritz / Elster, Alexander, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, IV. Bd., Berlin, Leipzig 1927, Bearbeiter des Stichworts Protokoll Fritz Böckel
- Thomas, Heinrich / Putzo, Hans, Zivilprozeßordnung, Kommentar, 2. Aufl., München, Berlin 1965
- Weiske, Julius, Rechtslexikon für Juristen aller Deutschen Staaten, VIII. Bd., Leipzig 1854, Verfasser unter Stichwort Protokoll Schwarze
- Welzel, Hans, Das Deutsche Strafrecht, Lehrbuch, 7. Aufl., Berlin 1960
- Wendt, Otto, Beweis und Beweismittel, AcP Bd. 63 (1880) S. 222 - 318
- Wetzell, Georg Wilhelm, System des ordentlichen Zivilprozesses, 3. Aufl., Leipzig 1878
- Wiesenthal, Fritz, Verwendung von Tonträgern zur Anfertigung des Protokolls in Zivilsachen, DRiZ 1959, S. 181 - 182
- Wieczorek, Bernhard, Zivilprozeßordnung, Kommentar, Bd. II, Teil 2, Berlin 1957
- Wilhelmi, Hans / Wilhelmi, Sylvester, Aktiengesetz, Kommentar, Bd. I, 3. Aufl., Berlin 1967
- Wolff, Hans J., Verwaltungsrecht, Studienbuch, Bd. I, 6. Aufl., 1965, Bd. II, 2. Aufl., 1967, Bd. III, 2. Aufl., 1967, München, Berlin
- WT, Weinheimer Tagung über "Tonbandaufnahmen, Zulässigkeit und Grenzen ihrer Verwendung im Rechtsstaat", Herausgeber, Institut zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten, Mannheim 1957, Berichterstatter Helmut Coing

Gesetzesverzeichnis

- badWürtt. GemO
Gemeindeordnung für Württemberg-Baden i.d.F. vom
6.7.1965, GesBl. S. 165
- BaubesG
Baulandbeschaffungsgesetz v. 3.2.1953, BGBl. I, 720
- bay. GemO
Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern i.d.F. vom
16.6.1964, GVBl. S. 113
- BBAuG
Bundesbaugesetz v. 23.6.1960, BGBl. I, 341
- BDiszO
Bundesdisziplinerordnung v. 28.11.1952, BGBl. I, 761
- berl. VwVerfG
Gesetz über das Verfahren der Berliner Verwaltung
v. 2.10.1958, SaBl. S. 1359
- BLeistG
Bundesleistungsgesetz i.d.F. v. 27.9.1961, BGBl. I,
1769
- brem. VwVerfG
Bremisches Gesetz über das Verwaltungsverfahren und den
Verwaltungszwang v. 1934 i.d.F. v. 1.4.1960, SaBl. 498
- BWahlO
Bundeswahlordnung i.d.F. v. 8.4.1965, BGBl. I, 240
- DGemO
Deutsche Gemeindeordnung v. 30.1.1935, RGBl. I, 49
- VO über Einigungsstellen
VO über Einigungsstellen zur Beilegung von Wettbewerbs-
streitigkeiten in der gewerbl. Wirtschaft NW vom
15.4.1958, GVBl. 141
- EnteignG
Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum vom
11.6.1874, preuß. GG, S. 221
- ErsatzdienstG
Gesetz über den zivilen Ersatzdienst i.d.F. vom
16.7.1965, BGBl. I, 984
- EWVerfG 1963
Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes,
Köln, Berlin 1964

FGG Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v. 17.5.1898, RGBl. 771

FischG NW
Fischereigesetz v. 11.5.1916, preuß. GS 55

FlurBG
Flurbereinigungsgesetz v. 14.7.1953, BGBl. I, 591

GeschO des dt. BR
Geschäftsordnung des Deutschen Bundesrates vom
1.7.1966, BGBl. I, 437

GeschO der BR
Geschäftsordnung der Bundesregierung v. 11.5.1951,
GMBL. 137

GeschO des dt. BT
Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages vom
28.1.1952, BGBl. II, 389

GeschlKrankhG
Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom
23.7.1953, BGBl. I, 700

GewO
Gewerbeordnung für das Deutsche Reich i.d.F. vom
26.7.1900, RGBl. I, 871

GG
Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom
23.5.1949, BGBl. I, 1

2. VO zum GüterkraftverkG
2. Verordnung über Nachweis der fachlichen Eignung und
der Sachkunde zur Führung von Güterkraftverkehrsunter-
nehmen v. 25.11.1959, BAnz. Nr. 242

GVG
Gerichtsverfassungsgesetz v. 27.1.1877 i.d.F. vom
12.9.1950, BGBl. 513

Hdwo
Gesetz zur Ordnung des Handwerks i.d.F. vom 28.12.1965,
BGBl. I, 1

hess. GemO
Hessische Gemeindeordnung i.d.F. vom 17.12.1964, GVBl.
S. 209

ImpfG
Impfgesetz v. 8.4.1874, RGBl. S. 31

JagdG NW
Landesjagdgesetz für Nordrhein-Westfalen v. 26.5.1964,
GVBl. 177

DVO zum JagdG NW

Durchführungsverordnung zum Jagdgesetz für Nordrhein-Westfalen v. 24.6.1964, GVBl. 209

VO über Kassenprüfung NW

Verordnung über das Kassen- und Rechnungswesen der Gemeinden v. 1.3.1955, GS NW 622

KriegsOVwVerfG

Gesetz über das Verfahren der Kriegsopferversorgung v. 2.5.1955, BGBI. I, 202

LandbeschG

Gesetz über die Landbeschaffung für Aufgaben der Verteidigung v. 23.2.1957, BGBI. I, 134

LAG

Gesetz über den Lastenausgleich v. 14.8.1952, BGBI. I, 446

LebensmG

Gesetz über den Verkehr mit Lebensmitteln und Bedarfsgegenständen i.d.F. v. 17.1.1936, RGBI. I, 18

MustVO

Musterungsverordnung i.d.F. v. 6.2.1963, BGBI. I, 113

nds. GemO

Niedersächsische Gemeindeordnung i.d.F. v. 18.4.1963, GVBl. 255

PStG

Personenstandsgesetz v. 8.8.1957, BGBI. I, 1126

AVO-PStG

Verordnung zur Ausführung des Personenstandsgesetzes v. 12.8.1957, BGBI. I, 1139

PersVertrG

Personalvertretungsgesetz v. 5.8.1955, BGBI. I, 477

PostG

Gesetz über das Postwesen i.d.F. v. 24.7.1953, BGBI. I, 676

PostVwG

Gesetz über die Verwaltung der Deutschen Bundespost v. 24.7.1953, BGBI. I, 676

rev. DGemO

Revidierte Deutsche Gemeindeordnung, Verordnung Nr. 21 der britischen Militärregierung v. 1.4.1946, Amtsblatt Nr. 7, 127

rhpf. GemO

Selbstverwaltungsgesetz für Rheinland-Pfalz i.d.F.
v. 25.9.1964, GVBl. 145

RichtWahlG

Richterwahlgesetz v. 25.8.1950, BGBl. I, 368

RVO Reichsversicherungsordnung v. 19.7.1911, RGBl. 509

saarl. KSG

Saarländisches Gesetz Nr. 788 - Kommunalselbstverwal-
tungsgesetz, Teil A: Gemeindeordnung v. 15.1.1964,
SaarlAmtsBl. 123

schlholst. GemO

Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein i.d.F. vom
21.4.1964, GVBl. 39

schlholst. LVwG

Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-
Holstein v. 18.4.1967, GVBl. 131

DVO SchuSchmG

Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über die Ver-
breitung jugendgefährdender Schriften i.d.F. vom
23.8.1962, BGBl. I, 597

1. VO zum SchulVwG NW

1. Verordnung zur Ausführung des Schulverwaltungsge-
setzes betreffend die Organisation der Schulkollegien
v. 3. 10. 1959, GVBl. 147

1. VO zum SchulG NW

1. Verordnung zur Ausführung des 1. Gesetzes zur Ord-
nung des Schulwesens im Lande Nordrhein-Westfalen vom
31.7.1952, GVBl. 434

3. VO G zum Schutz des Waldes NW

3. Verordnung zur Durchführung des Gesetzes zum Schutz
des Waldes in Nordrhein-Westfalen v. 19.7.1951,
GVBl. 790

SchutzbergG

Gesetz über die Beschränkung von Grundeigentum für die
militärische Verteidigung v. 7.12.1956, BGBl. I, 899

StPO

Strafprozeßordnung i.d.F. v. 17.9.1965, BGBl. I, 1374

1. VereinfG NW

1. Gesetz zur Neuordnung und Vereinfachung der Verwal-
tung in Nordrhein-Westfalen v. 23.7.1957, GVBl. 189

AGViehseuchG

Gesetz zur Ausführung des Viehseuchengesetzes in
Nordrhein-Westfalen v. 4.6.1963, GVBl. 203

G über Volksbegehren

Gesetz über Volksbegehren und Volksentscheid bei der
Neugliederung des Bundesgebietes nach Art. 29 II -
IV GG v. 23.12.1955, BGBI. I, 835

1. VO zum G über Volksbegehren

1. Verordnung zum Gesetz über Volksbegehren und Volks-
entscheid bei der Neugliederung des Bundesgebietes nach
Art. 29 II - IV GG v. 19.12.1955, BGBI. I, 870

VwGO

Verwaltungsgerichtsordnung v. 21.1.1960, BGBI. I, 17

VwZG

Verwaltungszustellungsgesetz v. 3.7.1952, BGBI. I,
379

WahlO zum PersVertrG

Wahlordnung zum Personalvertretungsgesetz v. 4.11.1955,
BGBI. I, 730

WahlprüfG

Wahlprüfungsgesetz v. 12.3.1951, BGBI. I, 166

WasserG NW

Wassergesetz für das Land Nordrhein-Westfalen vom
22.5.1962, GVBl. 235

1. WassVerbO

1. Verordnung über Wasser- und Bodenverbände vom
3.9.1937, RGBI. I, 933

Wehrpf1G

Wehrpflichtgesetz i.d.F. v. 14.5.1965, BGBI. I, 391

ZPO Zivilprozeßordnung i.d.F. v. 12.9.1950, BGBI. I, 533

Abkürzungsverzeichnis

ACP	Archiv für die zivilistische Praxis (seit 1818)
Bay. Bgm	Der Bayerische Bürgermeister (seit 1947)
BB	Der Betriebsberater (seit 1946).
BGH St	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
Dem Gem	Die Demokratische Gemeinde (seit 1949)
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (seit 1947)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (seit 1908)
DStR	Deutsches Strafrecht in: Goldhammers Archiv für Strafrecht (seit 1853; N.F. von 1934 - 1942)
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt (seit 1950)
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung, Vereinigte Entscheidungssammlung (1924 - 1942)
KPBl	Kommunalpolitische Blätter (seit 1949)
JZ	Juristenzeitung (seit 1951)
LeipzZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (1907 - 1932)
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, München, Berlin
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (seit 1947)
preuß. OVG	Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichtes
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen

RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivil- sachen
RWS	Recht und Wirtschaft der Schule (seit 1960)
SKV	Staats- und Kommunalverwaltung (seit 1955)
ZZP	Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß (seit 1879)

§ 1 Einführung

Unter Niederschrift versteht man im juristischen Sprachgebrauch das Protokoll. Das Wort Protokoll ist der bisher gebräuchliche, rechtstechnische Ausdruck für Aufzeichnungen über mündliche Verhandlungen und andere Geschehensabläufe. In der neueren Gesetzessprache wird jedoch die Bezeichnung Niederschrift bevorzugt und mehr und mehr an Stelle des Wortes Protokoll verwandt¹⁾. Deshalb soll in der vorliegenden Arbeit ausschließlich die Bezeichnung Niederschrift gebraucht werden.

Die Niederschrift ist fester Bestandteil des deutschen Prozeßrechtes. Alle Prozeßordnungen enthalten Regelungen über die Niederschrift, die zumindest für die Hauptverhandlung obligatorisch ist²⁾. Das Gesetz regelt dabei mit unterschiedlicher Ausführlichkeit Inhalt, Form und Rechtswirkung.

Anders verhält es sich auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts. Auch hier findet die Niederschrift vielfache Verwendung. Die Vorschriften sind jedoch in zahlreichen Einzelgesetzen ver-

1) "Protokoll" verwenden: § 159 ff. ZPO (1877); § 26 Gesetz zur Enteignung von Grundeigentum (1874); § 57 DGemO (1935). "Niederschrift" verwenden in gleichem Bereich: § 105 VwGO (1960); § 110 ff. BBauG (1960); §§ 105, 135 IV schlholst. LVerG (1967); alle Gemeindeordnungen der Bundesländer; vgl. auch §§ 54 IV, 78 EVwVerfG 1963.

2) § 159 ff. ZPO; § 271 ff. StPO; § 105 VwGO; § 54 II ArbGG.

schiedener Verwaltungsbereiche verstreut und enthalten neben eingehenden Regelungen¹⁾ zum Teil lediglich die Anordnung, daß eine Niederschrift anzufertigen sei²⁾.

Fehlende gesetzliche Bestimmungen werden durch zahlreiche Rechts- und Verwaltungsverordnungen (Durchführungs-, Geschäftsordnungen, interne Dienstanweisungen) ergänzt; aber auch diese sind in der Regel unvollständig und untereinander uneinheitlich. Es muß deshalb in vielen Fällen der Verwaltungspraxis überlassen bleiben, Umfang und Inhalt der Niederschrift selbst zu bestimmen.

Es ist das Ziel aller Vorschriften, die sich mit der Niederschrift beschäftigen, die Anfertigung eines rechtlich beachtlichen Beweismittels sicherzustellen. Angesichts der Lückenhaftigkeit der vorhandenen Regelungen stellt sich aber die Frage, ob allgemein gültige Regeln bestehen oder allgemeine Feststellungen zu rechtlichen und tatsächlichen Umständen der Niederschrift getroffen werden können, die in jedem Anwendungsbereich der öffentlichen Verwaltung Verbindlichkeit besitzen oder Beachtung erfordern. Die Beantwortung dieser Frage soll im folgenden versucht werden. Sie macht es erforderlich, Begriffe zu klären, die Vielfalt der rechtlichen Regelungen nach ihrem Sinn und Zweck zu untersuchen und allgemeine Zusammenhänge aufzuzeigen bzw. zu entwickeln. Die vorliegende Untersuchung wählt dazu den Weg einer systematischen Darstellung.

Die Anfertigung der Niederschrift gehört in den Bereich des Verfahrensrechts. Hier, und zwar sowohl im gerichtlichen als auch im verwaltungsbehördlichen Verfahren, hat sie als althergebrachtes, förmlich ausgestaltetes Beweismittel ihren Platz. Es bietet sich deshalb an, die Gedanken und Regelungen geltender Prozeßordnungen bei Erörterung gleichartiger Fragen auch im öffentlichen Recht zu

1) z.B. § 129 ff. FlurBG; § 31 berl. VwVerfG; § 38 I badWürtt. GemO.

2) z.B. § 13 III Gesetz über Volksbegehren; § 17 III BDiszO; § 9 III RichtWahlG; § 66 I HdwO.

verwerten. Die nachfolgende Erörterung verzichtet aber auf eine in allen Punkten vergleichende Darstellung; sie bleibt auf die Niederschrift des öffentlichen Rechts in ihren verschiedenen Erscheinungsformen beschränkt.

1. Teil

Begriff und Verwendung der Niederschrift im Bereich der öffentlichen Verwaltung

Ausgangspunkt der Erörterungen ist die Frage, was unter der Bezeichnung Niederschrift als Rechtsbegriff zu verstehen ist. Dazu gehört auch die Überlegung, ob sich ein für alle Rechtsbereiche gültiger Rechtsbegriff entwickeln läßt, der im Bereich der öffentlichen Verwaltung - unter Berücksichtigung weiterer spezieller Kriterien - Anwendung finden kann. In § 2 soll deshalb zunächst eine Begriffsbestimmung versucht werden.

Daß die Niederschrift für die öffentliche Verwaltung einen nicht unerheblichen Wert besitzt, wird deutlich durch ihre vielseitige und vielgestaltige Verwendung. Allerdings besteht große Unübersichtlichkeit. Die folgenden Paragraphen dieses Abschnitts dienen deshalb der Zusammenstellung und Systematisierung. Es sollen im einzelnen die typischen Anwendungsbereiche der Niederschrift in der öffentlichen Verwaltung (§ 3), die durch sie bedingten verschiedenen Arten (§ 4) und die unterschiedlichen Zwecke (§ 5) näher dargestellt werden.

§ 2 Der Begriff der Niederschrift

Die Gesetze des öffentlichen Rechts umgrenzen und verdeutlichen den Begriff der Niederschrift, indem sie mehr oder weniger deutlich die Anforderungen festlegen, die sie an eine Niederschrift im Rechtssinn stellen. Sie definieren den Begriff aber nicht, sondern setzen ihn als allgemein bekannt voraus. Auch das Prozeßrecht enthält keine Legaldefinition.

In der Literatur ist nur vereinzelt der Versuch einer Begriffsbestimmung unternommen worden. Nach Böckel¹⁾ ist das Protokoll die schriftliche Feststellung von Vorgängen als Ergebnis der Wahrnehmung eines Zustandes oder des Inhalts einer Verhandlung oder Aussage. Es fehlt die Klarstellung, ob der Tatsachenbericht auf eigener Wahrnehmung des Verfassers oder der einer anderen Person beruht; außerdem fehlt der Hinweis auf die Form. Zu knapp auch Schlegelberger²⁾ und Keidel³⁾. Meyer-Thiel-Frohberg⁴⁾ versuchen eine, allerdings zu ausführliche Zusammenstellung der Begriffsmerkmale. Nach ihnen ist das Protokoll eine unter

•1) In Stier-Somlo-Elster IV, S. 593.

2) Vorbem. vor § 167 Anm. I: "Die Niederschrift ist die Urkunde über den Vorgang."

3) § 175, Rdnr. 1: "Die Niederschrift ist eine Urkunde, die bei der amtlichen Verhandlung mit den Beteiligten über deren Verlauf aufgenommen wird."

4) § 26 Anm. 4.

Angabe von Ort und Zeit von einer Amtsperson in althergebrachter Darstellungsform aufgenommene und durch Unterschrift vollzogene schriftliche Wiedergabe eines Vorgangs, der sich vor der beurkundenden Amtsperson zugetragen hat. Soweit die Begriffsbestimmung allein auf eine Amtsperson als Verfasser abstellt, ist sie allerdings zu eng.

Zu fragen ist deshalb, was unter dem Rechtsbegriff der Niederschrift zu verstehen und wie er zu definieren ist.

I. Der Begriff der Niederschrift entstammt dem allgemeinen Sprachgebrauch. Er bedeutet: schriftliche Aufzeichnung, Niederlegung¹⁾. Anlaß und Inhalt der Aufzeichnung werden damit nicht näher gekennzeichnet. Um als Rechtsbegriff verwendbar zu sein, muß die Rechtswissenschaft diesen vorwissenschaftlichen Begriff mit seiner Übernahme zugleich spezifizieren und umformen²⁾.

Die Rechtswissenschaft verwendet den Begriff Niederschrift in der Bedeutung von "Protokoll". Aber auch dieses Wort ist ursprünglich kein spezieller Rechtsbegriff, sondern hat erst durch die Überlieferung und den Sprachgebrauch der Juristen seinen spezifischen Inhalt erhalten.

Protocollum ist ein zusammengesetztes Wort griechischen Ursprungs. Der erste Teil kann als "primum", der zweite als "membrum" oder "agglunatio", letztere Bezeichnung im Sinne der Verbindung von Notizen (conglunatio) oder der Verleimung des Papiers verstanden werden³⁾. Protocollum war danach ursprünglich die Bezeichnung für das erste von mehreren

1) Grimmsches Wörterbuch 7. Bd., Sp. 793.

2) Vgl. Radbruch S. 118: die rechtliche Begriffsbildung lehnt sich größtenteils an vorwissenschaftliche Begriffe an; so auch Larenz S. 181 f.

3) Dünnebier, G 3 f.; Schwartzberg, § 10.

Papyrusblättern, die zu einer Rolle zusammengeleimt wurden. Dieses erste Blatt trug den Namen des comes largitionum (Aufsichtsinstanz über die kaiserliche Papierfabrik) und das Fabrikationsdatum¹⁾. Die Bezeichnung wird später dann für das Inhaltsverzeichnis der Rolle (acta) und schließlich für die gesamte Aufzeichnung verwandt²⁾.

Im späteren Römischen und Gemeinen Prozeß bedeutet Protocolum die gerichtliche Urkunde, in welche die Vorgänge einer Gerichtssitzung in chronologischer Aufeinanderfolge verzeichnet werden³⁾. Damit wird die Bezeichnung "Protokoll" festgelegt auf eine bestimmte Art von Aufzeichnungen, nämlich die schriftliche Feststellung von Vorgängen als Ergebnis unmittelbarer Wahrnehmung.

II. Einen Rechtsbegriff der Niederschrift, wie ihn das Gesetz heute verwendet, können wir durch die erschöpfende Suche nach den für eine Niederschrift charakteristischen Merkmalen gewinnen⁴⁾. Bei der Feststellung dieser Merkmale soll zugleich aufgezeigt werden, von welchen ähnlichen Rechtsbegriffen der gesuchte Begriff der Niederschrift abzugrenzen ist.

a. Die Niederschrift im Rechtssinn ist stets eine schriftliche Aufzeichnung, d. h. sie stellt einen räumlich zusammenhängenden Text in verständlichen, lesbaren Schriftzeichen dar.

1) Schwarze in Weiske VIII S. 516; Böckel in Stier-Somlo-Elster IV S. 593; Heumann-Seckel S. 473.

2) Dünnebier, G 4.

3) Wiednig in v. Holtzendorff III S. 205.

4) Larenz S. 182.

Eine Tonbandaufnahme kann deshalb keine Niederschrift sein¹⁾. Ihre technischen Aufzeichnungen sind nicht "Schrift". Schrift ist ein Kommunikationsmittel. Ebenso wie die Sprache beruht sie auf einem bewußten intellektuellen Verhalten, auf dem Gestaltungsvermögen des Menschen. Deshalb sind nur absichtlich fixierte, eine Bedeutung enthaltende, lesbare Zeichen als Schrift anzusprechen²⁾. Alle diejenigen Formen der Sprach- und Gedankenfixierung, die auf einem rein technisch-physikalischen Vorgang beruhen, sind aber der willkürlichen Gestaltung des Menschen entzogen. Zu diesen gehören aber die magnetischen Feldlinien auf einem Tonband³⁾.

b. Die Niederschrift enthält die Aufzeichnung eines tatsächlichen Geschehens. Ihr Anlaß ist stets ein historischer, rechtserheblicher Vorgang⁴⁾; ihr Gegenstand die objektive Berichterstattung von und über diese Tatsache. Sie enthält ein Tatsachenzeugnis⁵⁾.

Damit unterscheidet sie sich von solchen Aufzeichnungen, die das Ergebnis kritischer Betrachtung der Vorgänge in der Außenwelt enthalten und damit eine von der Person des Wahrnehmenden abhängige Beurteilung voraussetzen. Das sind Gutachten, Beurteilungen, Berichte und andere Stellungnahmen, die als Erkenntnisprodukte auf der Anwendung besonderer Fach- und Rechtskenntnis beruhen⁶⁾ und deshalb nicht unter den Rechtsbegriff Niederschrift fallen.

1) Zu dieser Frage wird weiter unten - § 11 V a - ausführlich Stellung genommen.

2) Vgl. Kleineberg LeipzZ 19. Bd. (1925) Sp. 805.

3) Vgl. Roggemann S. 71 f.; Feldmann NJW 1958 S. 1167 f.; Schrift sind dagegen die vom Menschen gestalteten Schriftzeichen wie Blinden- und Morseschrift

4) Typische Anwendungsbereiche sind z.B.: die Abgabe einer Erklärung (§ 37 II WehrpflG); die Durchführung einer Vernehmung (§ 17 III BDiszO); der Verlauf einer Verhandlung (§ 7 III WahlprüfG, § 129 ff. FlurBG) oder Beratung (§ 37 I nw GemO).

5) Schlegelberger, Anh. zu § 167 Rdnr. 3.

6) s. Anm. 5

c. Die Niederschrift enthält tatsächliche Aufzeichnungen, die ausschließlich und unmittelbar auf den eigenen Wahrnehmungen des Berichterstatters beruhen. Sie geben wieder, was dieser gehört und gesehen, also mit seinen "leiblichen Sinnen" wahrgenommen hat und wahrnehmen konnte¹⁾.

Damit können auch das Zeugnis²⁾, die Bescheinigung und sonstige amtliche Bestätigungen in Schriftform³⁾ nicht mit dem Rechtsbegriff Niederschrift erfaßt werden. Sie unterscheiden sich von der sog. Berichtsurkunde, die nur die vom Aussteller selbst erlebten Vorgänge wiedergibt, dadurch, daß in ihnen auch vom Aussteller selbst nicht wahrgenommene Sachverhalte bezeugt werden. Man bezeichnet sie als Tatsachenfeststellungsurkunden, da sie keine individuelle Berichterstattung enthalten, sondern einen Sachverhalt unabhängig von der Person des Berichtenden feststellen⁴⁾.

d. Die Niederschrift "verkörpert" das tatsächliche Geschehen. Sie gibt eine Darstellung des Ablaufs, des Vorgangs, der näheren Umstände eines Ereignisses. Dieses soll in solcher Weise gegenständlich gemacht werden, daß es losgelöst von menschlicher Erinnerungsschwäche und Vergänglichkeit selbständig fortlebt. Deshalb genügt es nicht, wenn die Niederschrift nur dasjenige wiedergibt, was sich dem Auge und Ohr einprägt. Sie muß auch diejenigen Umstände festhalten, welche den historischen Ablauf näher bestimmen.

1) Schlegelberger, Anh. zu § 167 Rdnr. 2; Meyer-Thiel-Frohberg, § 26 Anm. 4; Rosenberg, § 65 III, 4; Schuler NJW 1955, S. 1258.

2) Beispiel für das über eine durchgeführte Handlung berichtende Zeugnis: § 4 I GeschlKrankhG. Zu trennen sind hier die Prüfungs- und Versetzungszeugnisse, die neben der Bestätigung eines Vorgangs zugleich eine rechtliche Regelung enthalten, also VA sind.

3) Beispiele sind: Impfschein gem. § 10 ImpfG über die vollzogene Impfung; "Bescheinigung" gem. § 16 AVO PStG über Personenstandseintragungen; "Bestätigung" gem. § 18 I BLeistG über Leistungsempfang.

4) Vgl. Wieczorek, § 418 Anm. B; Pikart-Henn S. 411; Jagusch in LK Vorbem. zu § 267 Anm. 8; BGH v. 9.10.1952, LM § 271 Nr. 1 StGB.

Das Geschehen wird deshalb in seiner Beziehung zu den handelnden Personen, zu Raum und Zeit überliefert. Es wird "festgestellt"¹⁾. Die Feststellungsangaben sind notwendiger Bestandteil der Niederschrift. Sie erscheinen äußerlich in der Regel in gleichartiger Anordnung und bestimmen so die althergebrachte, eigentümliche Form.

Von dem Rechtsbegriff Niederschrift sind deshalb zu trennen der sog. Vermerk, die Notiz²⁾. Es handelt sich hierbei um Aufzeichnungen über amtliche Wahrnehmungen, Feststellungen, durchgeführte Amtshandlungen und andere Vorgänge, die regelmäßig mit dem Datum und dem Namenszeichen des Verfassers versehen sind³⁾. Dieser sog. "Aktenvermerk" ist eine formlose Zeugnisurkunde. Der Verfasser ersetzt die Berichterstattung, die das Ereignis in seinen historischen Beziehungen vollständig und selbständig verwertbar wiedergibt, durch eine Zusammenfassung über das Ereignis oder dem Verfasser wichtig erscheinende Einzelpunkte des Geschehens. Die das Ereignis äußerlich konkretisierenden Feststellungsangaben sind deshalb bei dem Vermerk nicht notwendig; die Einhaltung einer Form der Aufzeichnung nicht erforderlich⁴⁾. Der Aktenvermerk wird regelmäßig über Umstände angefertigt, die von geringerer Beweisbedeutung sind; er besitzt mangels Förmlichkeit nicht die gleiche Beweiskraft wie die Niederschrift⁵⁾.

- 1) Schlegelberger § 176, Rdnr. 1; Böckel in Stier-Somlo-Elster IV S. 593.
- 2) Gemeint sind förmliche Vermerke, die eine bestimmte Tatsache bezeugen; nicht persönliche Notizen zur weiteren Bearbeitung oder Gedächtnisstütze. Beispiele sind: § 4 II 1. DVO zum Gesetz über Volksbegehren (Vermerk über Unregelmäßigkeiten); § 15 III VwZG (Vermerk über Tag des Aushängens); § 52 IV BWahlO (Vermerk über Stimmabgabe).
- 3) Wolff III, § 156 Vb 1.
- 4) Vgl. Wiednig in v. Holtzendorff III, S. 207; Wetzell S. 879: "die Einträge des actuarius fordern, um glaubhaft zu sein, dessen Unterschrift und die Angabe des Ortes und der Zeit des beurkundeten Vorgangs, sowie der handelnden Person, Verlesung und Genehmigung. Aufzeichnungen solcher Art pflegen Protocolle, alle anderen Vermerke Registraturen genannt zu werden."
- 5) Vgl. §§ 14-16 österr. VwVerfG; Mannlicher Erl. zu § 14 und 16; Hellbling Erl. zu § 16.

Die Zusammenfassung der hier aufgezeigten, charakteristischen Einzelmerkmale ergibt folgende Definition des Rechtsbegriffes Niederschrift: die Niederschrift ist eine schriftliche Aufzeichnung über ein tatsächliches Geschehen, das der Verfasser aufgrund eigener Wahrnehmung in althergebrachter Form bezeugt.

III. Der hier entwickelte Rechtsbegriff der Niederschrift kann allgemein für alle Rechtsbereiche gelten. Sowohl im Privatbereich als auch im Bereich staatlichen Prozeß- und Verwaltungsrechtes wird unter einer Niederschrift eine Aufzeichnung im Sinn der hier entwickelten Definition verstanden.

a. Die einheitliche Verwendung des Begriffes läßt sich historisch erklären.

Die Niederschrift wird in der römischen Kaiserzeit als "acta" oder "gesta" in der Form eines Amtstagebuches geführt¹⁾. Dieses enthält die Aufzeichnungen über alle Amtshandlungen, die der magistratus²⁾ vornimmt, und alle Beschlüsse, die von der curia municipii³⁾ gefaßt werden. Da der Bereich von Justiz und Verwaltung nicht scharf getrennt ist, enthalten die Amtstagebücher neben der Beurkundung privatrechtlicher und amtlicher Geschäfte auch Aufzeichnungen über Gerichtsverhandlungen⁴⁾. Neben der Pflicht (sog. ius actorum confectio) zur Aufzeichnung aller Amts-

1) Steinwenter S. 5 und 11.

2) Beamter oder Behörde, vgl. Heumann-Seckel, S. 326.

3) Rat der Stadtgemeinde; ebenso werden die Beschlüsse des senatus = Reichsrat des römischen Volkes aufgezeichnet, vgl. Heumann-Seckel, S. 533.

4) Steinwenter S. 5 und 23; v. Bethmann-Hollweg III, S.198.

handlungen entwickelte sich später die Befugnis der Behörden, Verhandlungen und Geschäfte im Privatinteresse Einzelner zu beurkunden (sog. *ius actorum conficiendorum*). Mit der Erweiterung des Beurkundungsbereiches wird nun das einheitliche Amtstagebuch durch selbständige Niederschriften über einzelne Akte der Verwaltung, des Prozesses oder privatrechtlicher Natur verdrängt¹⁾. Alle diese amtlichen Aufzeichnungen werden als "protocollum" angesehen; sie werden in einheitlicher Form abgefaßt und genießen öffentlichen Glauben²⁾.

In der Folgezeit übernimmt zunächst die Kirche Einrichtung und Form des Protokolls für die Aufzeichnungen der Bischofsversammlungen (Synoden)³⁾.

Im Mittelalter werden die Gerichtsurkunden, die den Gang der Verhandlung wiedergeben⁴⁾, und die Königsurkunden, in denen Tauschgeschäfte, Besitzübertragungen, Lehen u. a. bestätigt werden⁵⁾, ebenfalls nach dem überlieferten Schema des Protokolls einheitlich ausgestaltet. Das brachte schon die Einrichtung der Hofkanzlei mit sich, wo der *actuarius* zugleich als Hof- und Gerichtsschreiber wirkte⁶⁾.

Die nach der Rezeption erfolgenden gesetzlichen Regelungen⁷⁾ gehen auch von dem gebräuchlichen Begriff "Protokoll"

1) Steinwenter S. 31 f. und 39; v. Bethmann-Hollweg III, S. 198.

2) Nach v. Bethmann-Hollweg III, S. 280 haben sie "höchste, ewig dauernde Beweiskraft".

3) Bresslau I, S. 75.

4) Sog. "*notitia iudicati*", Schröder-v. Künßberg, S. 289, Bresslau II, S. 65.

5) Bresslau II, S. 73.

6) Vgl. den Stadtschreiber im Hochmittelalter, der neben den Beschlüssen der Ratsversammlung auch die Verhandlungen des Stadtgerichtes protokollierte; Schröder-v. Künßberg S. 696 f.; Schwartzenberg § 2.

7) Vgl. kurfürstlich pfälzische Hofgerichtsordnung von 1588; Reichskammergerichts-Visitationsabschied von 1713, zitiert nach Döhning S. 263.

aus: sie verstehen darunter die Zeugnisurkunde, die in altergebrachter Form von Verhandlungen, Beratungen u. a. berichtet, und normieren Form und Inhalt unterschiedlich, soweit das jeweilige Verfahren dies erforderlich macht¹⁾. Der Rechtsbegriff "Protokoll" als solcher bleibt einheitlich. Er hat Eingang gefunden in den Bereich des privaten Vereinsrechts, der Parlamentspraxis und der internationalen Konferenzen²⁾.

Es kann deshalb von dem Begriff Protokoll her nicht die öffentliche oder private oder prozessuale Niederschrift unterschieden werden, da der Begriff allein die Zugehörigkeit zu einem dieser Rechtsbereiche nicht erkennen läßt.

b. Die Niederschriften sind aber unterscheidbar nach dem Rechtsgebiet, dem sie zugehören. Unterscheidungskriterium bildet dabei lediglich der Anlaß ihres Entstehens, d. h. die Tatsache, daß die Niederschrift beispielsweise im Rahmen der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft, eines Zivil- oder Strafverfahrens oder im Rat der Gemeinde erstellt wird. Dieser Umstand bestimmt im Einzelfall die Anwendung und Beachtung der gesetzlichen oder sonstigen verbindlichen Regeln, aus denen sich dann der erforderliche Inhalt, die zuständige Urkundsperson und weitere Anforderungen an die Ordnungsmäßigkeit der Niederschrift ergeben.

Eine eingehende Betrachtung dieser Erfordernisse soll im folgenden auf die Niederschrift im Bereich der öffentlichen Verwaltung beschränkt werden.

1) Z. B. das in seinen Anforderungen sehr strenge Protokoll im Inquisitionsprozeß, das wesentliche Bedeutung für die Rechtsfindung im ausschließlich schriftlichen Verfahren hatte; Wiednig in v. Holtzendorff III, S. 207; zum Inhalt des Verhandlungsprotokolls vgl. eingehend Döhring, S. 179 f.

2) Vgl. v. Martitz in v. Holtzendorff III, S. 209.

§ 3 Die Niederschrift im Bereich der öffentlichen Verwaltung

Es ist nunmehr zu untersuchen, in welchen Bereichen der öffentlichen Verwaltung die Niederschrift ihren Platz hat. Dazu ist vorab eine Klärung des Begriffes öffentliche Verwaltung und seine Begrenzung gegenüber anderen Bereichen hoheitlicher Tätigkeit erforderlich.

I. Die Definition des Begriffes öffentliche Verwaltung und seine Abgrenzung von der Staatstätigkeit der Gesetzgebung und Rechtsprechung ist vielfach und in unterschiedlicher Weise versucht worden¹⁾. Dabei liegt die Schwierigkeit der Begriffsbildung darin, daß sich ein einheitlicher, in jeder Hinsicht brauchbarer Begriff der öffentlichen Verwaltung nicht entwickeln läßt. Zur begrifflichen Klärung und Eingrenzung ist deshalb mit Wolff²⁾ von dem Bedeutungs-

1) Siehe dazu im einzelnen die Zusammenstellung bei Wolff I, § 2 I a - b. Auf eine Darstellung der unterschiedlichen Lehrmeinungen kann im Rahmen dieser Untersuchung verzichtet werden.

2) Wolff I, § 2 I c.

gehalt des Begriffes in materiellem, organisatorischem und funktionellem Sinn auszugehen.

a. Öffentliche Verwaltung im materiellen Sinn kennzeichnet den spezifischen Inhalt öffentlichen Verwaltens. "Verwaltung" ist von seinem Wortsinn her zu verstehen als sinnvolle, d. h. zweckgerichtete und planmäßige Tätigkeit zur Besorgung von mannigfachen Angelegenheiten. "Öffentlich" begrenzt den Kreis der Angelegenheiten auf solche, die das Gemeinwesen oder seine Mitglieder betreffen und tatsächlich von Organen des Gemeinwesens wahrgenommen werden. Damit unterscheidet sich die öffentliche Verwaltung von der privaten. Öffentliche Verwaltung beinhaltet die Bewahrung und Fortentwicklung der sozialen Ordnung eines Gemeinwesens, wobei die Ordnungsprinzipien durch öffentliches Recht festgelegt sind¹⁾.

b. Öffentliche Verwaltung im organisatorischen Sinn erfaßt die Subjekte des Verwaltungshandelns. Sie bezeichnet die "Gesamtheit der Glieder (Organe) der inneren staatlichen Organisation, die zur öffentlichen Verwaltung im materiellen Sinn bestellt sind"²⁾. Deshalb sind hier auszuscheiden die Organe der Gesetzgebung, der Regierung und der Rechtsprechung.

c. Der funktionelle Begriff öffentliche Verwaltung schließlich stellt auf das Handeln selbst ab und erfaßt nur, aber auch alle Tätigkeit der Verwaltung in organisatorischem Sinn, mag sie verwaltend, regierend, gesetzgebend oder auch rechtsprechend sein³⁾.

1) Vgl. Wolff § 3 II a.

2) Wolff I, § 2 III a.

3) Wolff I, § 2 III b.

II. Mit Hilfe dieser verschiedenen Begriffsbedeutungen läßt sich der Bereich der öffentlichen Verwaltung, auf den sich die weitere Betrachtung der Niederschrift in der vorliegenden Arbeit beschränken will, eingrenzen:

a. Die Niederschrift soll nur im Bereich derjenigen Tätigkeit erörtert werden, die von der öffentlichen Verwaltung im organisatorischen Sinn wahrgenommen wird. Handlungsobjekte in diesem Sinn sind demnach nur die Organe der inneren staatlichen Organisation, d. h. die Verwaltungsträger des Bundes, der Länder, der Kommunen und der anderen rechtsfähigen öffentlichen Organisationen¹⁾. Es bleiben alle Bestimmungen über die Niederschrift außer Betracht, die bei der Tätigkeit von Gesetzgebungsorganen²⁾, Regierungsorganen³⁾ und Rechtsprechungsorganen anzutreffen sind. Auch die z. T. materiell verwaltende Tätigkeit dieser Organe, z. B. der Gerichte im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit⁴⁾ wird bezüglich der dort erforderlichen oder üblichen Niederschrift nicht berücksichtigt.

b. Die Niederschrift soll weiter nur im Bereich derjenigen Tätigkeit erörtert werden, die öffentliche Verwaltung im funktionalen Sinn darstellt. Darunter fällt im wesentlichen die materielle Verwaltungstätigkeit der oben bezeichneten Verwaltungsorgane, also die gesamte ordnende, verteilende, leistende Verwaltung einschließlich der Bedarfsverwaltung⁵⁾. Die Tätigkeit im privaten Bereich wird bei der Betrachtung nicht berücksichtigt. Die regierende und gesetz-

1) Z.B. Personalkörperschaften wie die Handwerkskammer; Gebietskörperschaften wie Wasser- und Bodenverbände; Anstalten u.a.

2) §§ 117 - 122 GeschO des dt. BT; §§ 34, 44 GeschO des dt. BR.

3) § 27 GeschO der BReg.

4) § 167 ff. FGG.

5) Vgl. zur Tätigkeitsform der Verwaltung im einzelnen Wolff I, § 3 II.

gebende (satzungsgebende) Tätigkeit der Verwaltungsorgane soll aber, soweit für diesen Bereich Bestimmungen über die Niederschrift bestehen, mit in die Erörterung einbezogen werden¹⁾.

c. Ausgeklammert wird die Niederschrift in der kirchlichen Verwaltung und die Niederschrift, die im Bereich der äußeren Angelegenheiten des Staates angefertigt wird²⁾.

III. Zur Feststellung des tatsächlichen Verwendungsbereiches der Niederschrift innerhalb der öffentlichen Verwaltung ist es sinnvoll, nach dem sachlichen Interesse zu fragen, das die Verwaltung veranlaßt, von dem Rechtsinstitut der Niederschrift Gebrauch zu machen. Die Niederschrift hat den Sinn, wichtige Vorgänge in selbständig verwertbarer Weise festzustellen und verfolgt den Zweck, darüber für die Zukunft Beweis zu erbringen³⁾. Deshalb ist die Anfertigung der Niederschrift dort geboten, wo für die Verwaltung oder die mit ihr in Berührung kommenden Zivilpersonen ein erhöhtes Interesse daran besteht, daß bestimmte Ereignisse zu Beweis Zwecken festgehalten werden.

a. Eine Zusammenstellung der entsprechenden Sachbereiche, in denen das Gesetz eine Niederschrift vorschreibt, kann nicht vollständig sein, aber doch die typischen Anwendungsbereiche erfassen.

1) Z.B. Konferenzordnungen; GeschO für Dezernentenbesprechung, GeschO des Gemeinderates und seiner Ausschüsse.

2) Z.B. Protokoll bei Synoden, internationalen Konferenzen.

3) Böckel in Stier-Somlo-Elster IV, S. 593.

1. Ein sachliches Interesse an der Niederschrift besteht einmal dort, wo die Verwaltung durch schwerwiegende Eingriffe in die Rechtssphäre des Betroffenen einwirkt oder seine wirtschaftliche Lage erheblich beeinträchtigt. Das Verwaltungsverfahren ist in diesen Fällen von dem Gesetz zumeist förmlicher (prozeßähnlicher) ausgestaltet, als es sonst zu beobachten ist¹⁾. So ist in der Regel eine mündliche Verhandlung der Behörde mit den Betroffenen vorgesehen. Regelmäßig sieht das Gesetz dann die Anfertigung einer Niederschrift vor, die Ablauf und Ergebnis der Verhandlung wiedergibt²⁾. Beispiele bilden:

Die Verhandlung im sog. Beschlußverfahren über die Erteilung von Erlaubnissen, Rücknahme u.a. auf dem Gebiet des Gewerbe-, Wasser- Fischereirechts; § 19 1. VereinfG NW;

die Verhandlung im Enteignungsverfahren über Enteignungen und Höhe der Entschädigung; § 110 I BBauG; § 45 LandbeschG; §§ 34 II, 35 I JagdG NW;

Verhandlungen in verschiedenen Sachbereichen: bei der Gründung eines Wasser- und Bodenverbandes, § 163 I 1. Wass-VerbO; bei Bildung von Waldgenossenschaften, § 6 der 3. DVO G zum Schutz des Waldes NW;

Verhandlung der Bundesprüfstelle gemäß § 7 der 4. DVO zum SchmSchG;

Regelungen in speziellen Verwaltungsverfahrensgesetzen: § 31 berl. VwVerfG; § 54 IV EVwVerfG 1963.

2. Dort, wo den Förmlichkeiten nach dem Willen des Gesetzgebers besondere Bedeutung zukommt, ist ebenfalls regelmäßig eine Niederschrift vorgeschrieben, die zumindest diese Förmlichkeiten beurkunden soll. Beispiele sind alle Arten von Wahl- und Prüfungsverfahren:

Niederschrift über die Wahlhandlung: § 69 BWahlO, § 21 WahlO zum PersvertrG, § 17 VIII Anlage C zur HdWO; Niederschrift über den Prüfungsverlauf: § 3 II 2. VO zum GüterkraftverkehrsG, § 6 III DVO zum JagdG NW.

1) Vgl. Wolff III, Einführung zu § 157.

2) Wolff III, § 157 II d 4.

3. Weiter ist eine Niederschrift regelmäßig dort anzufertigen, wo die Verwaltungsentscheidung nicht nur von einem Organwalter allein, sondern von mehreren, gleichberechtigten Organwaltern gemeinsam getroffen wird¹⁾. Das Verfahren der kollegialen Beratung und Beschlußfassung ist vielfach durch Gesetz oder GeschO festgelegt, wobei auch regelmäßig Bestimmungen zur Anfertigung einer Niederschrift über das wesentliche Vorbringen und das Ergebnis der Beratung vorgesehen sind²⁾. Beispiele bilden hier:

Die Sitzungen des Gemeinderates, für die nach allen Gemeindeordnungen der westdeutschen Länder eine Niederschrift vorgesehen ist, § 38 I badwürtt. GemO, Art. 54 I bay. GemO, § 61 I hess. GemO; § 49 ns. GemO, § 37 I nw. GemO; § 42 I rhpf. GemO; § 41 schholst. GemO, § 46 saarl. KSG, ausgenommen die Stadtstaaten Bremen, Hamburg und Berlin.

Sitzungen von Verwaltungsausschüssen oder selbständigen Kollegien: z.B. Sitzung des Wahlausschusses: § 5 VII EWahlO, § 9 III RichterwahlG; § 40 PersVertrG; Sitzung der Schulpflegschaft, § 4 Abs. 15 1. VO zum SchulG NW; des Schulkollegiums, § 14 III 1. VO zum SchulvwG NW.

4. Schließlich ist die Niederschrift dann geboten, wenn wichtiges mündliches Vorbringen einer Zivilperson bei der Verwaltungsbehörde festgestellt wird³⁾ oder rechtlich erhebliche Entscheidungen der Verwaltung dem Betroffenen zur Kenntnis gebracht werden sollen. Beispiele bilden hier:

Anträge jeder Art, so auf Einleitung eines förmlichen Verfahrens, § 21 berl. VwVerfG, Art. 33 EWürtt. VwVerfG 1931; auf Entschädigung, § 50 BLeistG, § 6 I KriegsO VwVerfG; Verzichtserklärungen, z.B. auf Dienstgrad § 37 II WehrpflG; Rechtsmittelerklärungen § 28 I badwürtt. LVwG; § 9 brem. VwVerfG.

Erklärungen der Behörde: § 25 BDiszO (Eröffnung einer Disziplinarverfügung), § 7 S. 2 LebensmG (Eröffnung vorläufiger Beschlagnahme).

1) "Kollegialorgan": Rat, Ausschuß, Kollegium, vgl. Wolff II, § 75 III a.

2) Wolff II, § 75 III d 4.

3) Wolff III, § 156 Va 1 und b 2.

b. Aber auch in solchen Verfahrensbereichen, die als typisches Anwendungsgebiet der Niederschrift angesehen werden können, fehlen in vielen Fällen gesetzliche Bestimmungen zur Niederschrift.

So z. B. das Verfahren des Musterungsausschusses, § 18 WehrpflG i.V. mit § 11 MustVO; des Asylausschusses, §§ 28 ff. AuslG; Sitzungen des Postverwaltungsrates, § 10 PostvwG; die Verfahren in der RVO (6. Buch), AVAVG (§ 170 ff.), LAG (§ 325 ff.); GewO (§§ 17, 63).

Die Verwaltung orientiert sich hier gegebenenfalls an Geschäftsordnungen oder innerdienstlichen Verwaltungsanweisungen.

Fehlen ausdrückliche Vorschriften, so ist die Anfertigung der Niederschrift in diesen typischen Anwendungsbereichen gleichwohl geboten. Das ergibt sich aus der besonderen Beweisbedürftigkeit des Verfahrensgeschehens bzw. -gegenstandes in den hier typisierten Fällen.

Zwar gilt für das Bescheidverfahren im allgemeinen der Grundsatz der Nichtförmlichkeit¹⁾. Wird das Verfahren vom Gesetzgeber jedoch selbst formalisiert, so gehört zur Abwicklung der dort vorgesehenen mündlichen Verhandlung auch ihre zu Beweiszwecken geeignete und bestimmte Aufzeichnung²⁾. Ebenso ist die Niederschrift Bestandteil jedes förmlichen Beratungsverfahrens, da Ablauf oder Ergebnis hier regelmäßig beweisbedürftig sind und in dieser Form ihr Beweis sichergestellt wird. Schließlich sind auch rechtserhebliche Erklärungen von Zivilpersonen bei einer Behörde in Form einer Erklärungsniederschrift aufzunehmen, wenn ihre

1) § 6 berl. VwVerfG; § 9 EVwVerfG 1963.

2) Das Vorhandensein eines Schriftführers gehört zu den Mindestanforderungen, die das Rechtsleben an eine mündliche Verhandlung stellt, so Schütz-Frohberg, § 109 Anm. 1.

Schriftlichkeit aus Gründen der Beweiserheblichkeit erforderlich ist, die mündliche Erklärung dazu also nicht ausreicht¹⁾. Hier tritt die Niederschrift an die Stelle der formlosen schriftlichen Erklärung; zwischen beiden Möglichkeiten kann der Erklärende frei wählen²⁾.

1) Vgl. Wolff III, § 156 V a 1.

2) § 9 brem. VwVerfG; § 21 berl. VwVerfG; § 238 RAO.

§ 4 Arten der Niederschriften

Die Vielfalt der Anwendungsbereiche bringt es mit sich, daß die Niederschrift nicht stets einheitlich, sondern entsprechend dem jeweiligen Verwendungsbereich inhaltlich und formell unterschiedlich ausgestaltet ist. Es lassen sich aber typische Erscheinungsformen feststellen.

I. Nach dem Anlaß des Entstehens kann die Verhandlungs-, Beratungs-, Erklärungs- und Feststellungsniederschrift unterschieden werden.

a. Die Verhandlungsniederschrift wird bei einer Verhandlung angefertigt, über deren Verlauf und Inhalt sie berichtet.

Das Wort Verhandlung bedeutet nach seinem Sprachsinn: eingehende Besprechung, Auseinandersetzung in Reden¹⁾. Es bezeichnet damit schlechthin jede mündliche Ansprache, ohne Rücksicht auf die Form oder das Verfahren dieser Erörterung. Verhand-

1) Grimmsches Wörterbuch 12. Bd., Sp. 520, 521.

lungen sind damit beispielsweise Gegenstand einer jeden Sitzung, Vernehmung, Anhörung oder anderer mündlicher Aussprachen¹⁾.

Der Begriff der Verhandlung besitzt in der Rechtssprache jedoch auch einen spezielleren Sinn. Verhandlung bzw. "mündliche Verhandlung" bezeichnet eine bestimmte Form mündlicher Aussprache, d.h. die zu einem bestimmten Termin mit einem bestimmten Personenkreis durchgeführte förmliche Erörterung des Verfahrensgegenstandes²⁾. Die hierbei anzufertigende Niederschrift, die Verlauf und Ergebnis der Aussprache festhält, wird als Verhandlungsniederschrift bezeichnet³⁾.

Sie entspricht der Niederschrift über die Hauptverhandlung im Prozeßverfahren (§ 159 ff. ZPO; § 271 ff. StPO, § 105 VwGO).

b. Die Beratungsniederschrift entsteht bei einer Sitzung, deren Ablauf und Ergebnis sie regelmäßig enthält.

Unter Sitzung versteht man die mündliche Aussprache mehrerer über einen bestimmten Sachverhalt mit dem Ziel, ein Einvernehmen herbeizuführen⁴⁾. Der Beraterkreis setzt sich aus gleichgeordneten Mitgliedern, d. h. gleichberechtigt zusammen

1) Vgl. in diesem Sinn Art. 54 I bay. GemO: "die Verhandlungen des Gemeinderates sind niederzuschreiben"; § 41 schlholst. GemO: "über Verhandlungen und Beschlüsse ist eine Niederschrift aufzunehmen". Maetz in HdwB d. Vw-Praxis, S. 356 faßt unter "Verhandlung" auch Ereignisse, die keine mündliche Aussprache beinhalten (z.B. Kassenprüfung, Wahlablauf). Ebenso unscharf definieren Verhandlungsniederschrift: Schreiber, Erl. zu § 10; Baden - v. Mitzlaff, § 21 a Anm. 5.

2) Eine solche Verhandlung sieht regelmäßig das sog. förmliche Verwaltungsverfahren vor, z.B. § 109 ff. BBauG, § 31 I berl. VwVerfG; § 19 1. VereinfG NW, vgl. dazu Wolff III, § 157 e 6. Vorverhandlungen, unverbindliche Besprechungen u.a. zählen nicht zu förmlichen Verhandlungen, vgl. Steuer § 129 Anm. 1; Seehusen pp § 129 Anm. 2.

3) Diesen Begriff verwendet z.B. § 129 II FlurBG.

4) Vgl. Peters S. 63.

menwirkenden und zu einer rechtlichen Einheit organisierten Person zusammen¹⁾. Die hier erforderliche Niederschrift, die neben den Beschlüssen die für den Nachweis der Beteiligung bedeutsamen Umstände festhält, wird Beratungsniederschrift genannt²⁾. Im Bereich des Prozeßrechts findet sich eine derartige Beratungsniederschrift nicht³⁾.

c. Die Erklärungs-niederschrift verhält sich über den Vorgang "der Abgabe einer Erklärung zu Protokoll".

Die Erklärung einer Zivilperson kann dabei in zwei verschiedenen Erklärungsformen rechtlich von Bedeutung sein. Zum einen will der Betreffende eine unmittelbare rechtliche Wirkung für sich selbst auslösen; Erklärungen dieser Art können als Antrag, Gesuch, Verzicht o. ä. charakterisiert werden⁴⁾. Die andere Erklärungsform ist das Verhör, die Vernehmung, die Beweisaufnahme. Sie stellt eine obrigkeitliche, in protokollarischer Form verzeichnete Befragung einer Zivilperson über rechtlich erhebliche Tatsachen dar, die sie selbst oder Dritte betreffen⁵⁾.

In beiden Fällen erfolgt die Anfertigung aufgrund einer eingehenden Erörterung, in der die Behörde das Wesentliche des

1) So Dagtoglou S. 44; Wolff II, § 75 III a.

2) Die Terminologie des Gesetzes kennt diese Bezeichnung nicht; es ordnet die Niederschrift "über die Sitzung" an, so § 5 VII BWahlO, § 4 Abs. 15 1. VO zum SchulG NW, § 37 I rhpf. GemO; oder "über die Verhandlung", so § 38 I badWürtt. GemO, Art. 54 I bay. GemO.

3) Vgl. § 192 ff. GVG.

4) Die Erklärung zu Protokoll ist hier nur eine der für die Verlautbarung von Anträgen und Erklärungen zulässigen Formen. Neben sie tritt jedes im Verkehr übliche Verständigungsmittel, z.B. mündliche oder telefonische Erklärungen, Vermerke. Die Protokollform ist jedoch in gesetzlich vorgesehenen Fällen verbindlich, vgl. Schlegelberger § 11 Rdnr. 21 und Wolff III, § 156 Va 1.

5) Vgl. v. Holtzendorff in v. Holtzendorff III, S. 1033. Auch Erklärungen einer Behörde an eine Zivilperson in protokollarischer Form gehören hierher, vgl. § 25 BDiszO, § 27 III ErsatzdienstG, § 41 PostG.

Anliegens herausfinden, Irrtümer aufklären und über gesetzliche Vorschriften belehren muß¹⁾. Während die Verhandlungs- und die Beratungsniederschrift den Sinn, aber nicht notwendig den Wortlaut abgegebener Erklärungen enthalten, ist ihre möglichst wortgetreue Wiedergabe (regelmäßig als "ich"-Darstellung) Gegenstand dieser Niederschriftform. Die Erklärungsniederschrift entspricht im Bereich des Prozeßrechts dem Protokoll des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle (§§ 44, 109, 118, 496 ZPO) und dem Vernehmungsprotokoll (§§ 118 a, 165 ZPO).

d. Die Feststellungsniederschrift schließlich wird erstellt bei der Vornahme einer tatsächlichen Handlung.

Im Gegensatz unter den unter a - c unterschiedenen Typen berichtet diese Niederschrift nicht von einer Veranstaltung, deren Zweck gerade in der Durchführung einer eingehenden Erörterung über den Verfahrensgegenstand besteht. Es liegen hier tatsächliche Verwaltungshandlungen vor, d. h. solche Handlungen, die keine Erklärung beinhalten, sondern insbesondere zur Vorbereitung oder Ausführung von Verwaltungshandlungen dienen²⁾. Die hierüber erstellte Niederschrift ist das Ergebnis objektiver Betrachtung eines Zustandes oder tatsächlichen Vorgangs³⁾; sie soll als Feststellungsniederschrift bezeichnet werden.

Sie ist im Prozeßbereich dem Protokoll des Gerichtsvollziehers gleichzusetzen (§§ 762, 763, 826 ZPO).

Die hier vorgenommene Differenzierung nach dem Anwendungsbereich besitzt besondere Bedeutung, da die jeweilige Form des Verwaltungshandelns auf den Inhalt, die Form und die

1) Maetz in HdB d. VwPraxis S. 356.

2) Wolff I, § 45 II a.

3) Kassenprüfung gem. § 81 I VO über Kassenprüfung NW; Niederschrift über Wahlverlauf gem. § 69 I BWahlO; Schätzung gem. § 21 I AusfG z. ViehseuchenG NW.

Rechtswirkung der Niederschrift Einfluß nimmt. Die Unterschiede werden in der folgenden Darstellung berücksichtigt.

II. Nach der Ausführlichkeit des Inhalts kann getrennt werden zwischen Formalien- und Inhaltsniederschriften.

a. Die Formalienniederschrift kennzeichnet das Verhandlungsgeschehen nur äußerlich¹⁾. Zu den Formalien zählen deshalb nur diejenigen Feststellungen einer Niederschrift, die die Verkörperung des Geschehens (Zeit, Ort, Angabe der Beteiligten), die Beachtung und Durchführung der Verfahrensgrundsätze (Öffentlichkeit, Mündlichkeit, Ausschließung von Personen), die vorgeschriebene Beteiligung (Genehmigung, Unterschriften) und besondere gesetzliche Erfordernisse zu Form oder Gang des Verfahrens betreffen²⁾.

b. Die Inhaltsniederschrift enthält über diese Feststellungen hinaus auch Angaben zu den wesentlichen Erörterungen, Diskussionsbeiträgen u.a., gibt also auch über den materiellen Inhalt des Geschehens Auskunft³⁾.

Die Angaben zum Inhalt können in verschiedener Ausführlichkeit aufgenommen sein. Es lassen sich weiter unterscheiden:

1) So z. B. Glanzmann, G 23; v. Stackelberg, G 45; Die Bezeichnung Formalienprotokoll ist allgemein gebräuchlich.

2) Vgl. § 129 ff. FlurBG; § 19 1. VereinfG NW; § 54 IV EVwVerfG 1963; dazu Stein-Jonas § 164 Anm. I; Wieczorek § 159 Anm. C; Steuer, Anm. zu § 131; Seehusen pp, Anm. zu § 131; Rump § 19 Anm. 1.

3) Vgl. die in § 160 II Ziff. 1 - 5 ZPO vorgeschriebenen materiellen Feststellungen der Verhandlungsniederschrift.

1. die Ergebnisniederschrift (Beschlußprotokoll, Ergebnisprotokoll). Sie enthält lediglich den Wortlaut der Beschlüsse bzw. das Ergebnis von Wahlen, Abstimmungen, Einigungen oder Entscheidungen und verzichtet auf die Angabe weiterer materieller Feststellungen¹⁾.

2. Die Niederschrift über den wesentlichen Verlauf der Verhandlung bzw. Sitzung (Verhandlungsprotokoll, Inhaltsprotokoll) gibt außer dem Ergebnis der Verhandlung auch den Inhalt von Diskussionsbeiträgen, von verlesenen Schriftstücken oder sonstigen Feststellungen ihrem Sinn nach kurz wieder²⁾. Das Gesetz zählt inhaltliche Erfordernisse dieser Art entweder katalogmäßig auf oder kennzeichnet durch Verwendung der Begriffe "wesentlicher Verlauf", "Ablauf", "wesentlicher Inhalt" die Notwendigkeit dieser Angaben³⁾.

3. Die wörtliche Niederschrift (Wortprotokoll, Debattenprotokoll) schließlich enthält die wörtliche Wiedergabe aller Beiträge, Aussagen, mündlichen Erklärungen. Sie stellt die stenographische Aufzeichnung des gesamten Verhandlungsablaufs dar⁴⁾.

Die Unterscheidung nach der Ausführlichkeit des Inhalts ist nur für die Verhandlungs- und Beratungsniederschrift sinnvoll, da der jeweilige Zweck des Verfahrens eine mehr oder weniger ausführliche Darstellung bedingt. Die Erklärungs-niederschrift ist auf die im wesentlichen wörtliche Wiedergabe der Aussage festgelegt; die Feststellungsniederschrift

1) Vgl. Laux S. 28; KGSt 1958 Ziff. 2.41; gesetzliche Beispiele sind § 37 I nw GemO; §§ 52 III, 61 II 1. Wass-VerbO; § 14 III 1. VO zum SchulvwG NW.

2) Laux S. 28.

3) So spricht § 31 berl. VwVerfG in Abs. I von "wesentlichem Verlauf" und erläutert diesen Begriff selbst in Abs. II bezüglich der Mindestanforderungen der Niederschrift; ebenso § 19 I, II 1. VereinfG NW. Vgl. weiter § 129 I FlurBG; § 38 I badwürtt. GemO.

4) Laux, S. 27; Glanzmann G 29.

enthält mangels "Verhandlungen" die reinen festgestellten Fakten. Hier sind Differenzierungen nach den Inhaltsangaben unnötig bzw. unmöglich.

III. Nach der Art und Weise der Anfertigung sind schließlich weitere Unterscheidungen zu beachten.

a. Bei dem sog. Zug um Zug Protokoll¹⁾ werden die zu protokollierenden Geschehnisse und Aussagen nacheinander in derjenigen Reihenfolge festgehalten, in der sie sich zeitlich ereignen. Diese Art der Aufnahme wird gewöhnlich durchgeführt. Daneben kann die Niederschrift aber auch eine Zusammenfassung des Geschehens ohne Rücksicht auf den historischen Ablauf der Ereignisse enthalten. Allerdings darf diese Niederschrift nicht mit der formlosen Darstellungsform eines Berichtes zusammenfallen.

b. Über eine Serie mündlicher Verhandlungen oder eine sich über mehrere Tage erstreckenden Verhandlung bzw. Beratung kann ein einziges Protokoll mit einmaligem Abschluß geführt werden. Man spricht hier von dem Gesamtprotokoll²⁾. Es kann aber auch für jede Verhandlung eine in sich abgeschlossene Niederschrift, ein sog. Teilprotokoll angefertigt werden. Widersprechen sich die Teilprotokolle in bestimmten Punkten, so ist aber "das" Verhandlungsprotokoll in sich widersprüchlich³⁾.

1) Vgl. Müller-Sax, § 271 Anm. 4.

2) Müller-Sax, § 271 Anm. 1; Geier in Löwe-Rosenberg, § 271 Anm. 1.

3) Vgl. RG v. 1.7. 1897 RGSt 30, 205. Schneider, S. 18.

§ 5 Der Zweck der Niederschrift

Niederschriften bezwecken zum einen die schriftliche Feststellung eines bloßen Geschehens als geschichtlichen Vorgang, zum anderen die Beweissicherung dieses Vorgangs bei Zweifel und Streit¹⁾. Diese allgemein getroffene Zweckbestimmung hat auch für die Niederschrift im Bereich der öffentlichen Verwaltung ihre Gültigkeit. Jede Niederschrift besitzt eine Feststellungs- und eine Beweisfunktion.

I. Bei der Feststellungsfunktion kann der Dokumentationszweck und der Transportzweck unterschieden werden.

a. Der Dokumentationszweck bezeichnet die Aufgabe der Niederschrift, ein Geschehen von zeitgeschichtlicher Bedeutung für die Zukunft festzuhalten²⁾. Das aufgezeichnete Ereignis lebt durch die Berichterstattung selbständig fort und ist aus sich heraus verständlich. Es läßt sich also in Akten

1) Böckel in Stier-Somlo-Elster IV, S. 593.

2) Vgl. v. Stackelberg, G 52 f.; Dünnebier, G 6; Roggemann S. 74.

anlegen, aufbewahren und archivieren. Die Aufzeichnungen der Niederschrift sind deshalb schlechthin zeitgeschichtliche Dokumente. Besonders der wörtlichen Niederschrift kommt in der Regel die Aufgabe zu, geschichtlich bedeutsame Ereignisse für die Zukunft festzuhalten¹⁾.

b. Der Transportzweck bedeutet, daß die Kenntnis der wahrgenommenen Tatsachen aus praktischen und rechtlichen Gründen im laufenden Verfahren oder darüber hinaus weitervermittelt werden kann und soll. Die Wissensvermittlung ist dabei von praktischer Bedeutung, soweit die Niederschrift zur aktenmäßigen Erfassung des Verfahrensstoffes beiträgt, zur Bereinigung und Klarstellung dient oder als Gedächtnisstütze nützlich werden kann²⁾. Sie ist rechtlich bedeutungsvoll, soweit sie Bekundungen über die Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens, über zustande gekommene Entscheidungen oder sonstige wesentliche Umstände enthält, die für die (weitere) Bearbeitung des Sachgegenstandes³⁾ (z.B. in der Gemeindeverwaltung) oder zur Kontrolle wichtig sind⁴⁾.

II. In der Beweisfunktion liegt die wesentliche Aufgabe der Niederschrift, da ihre Angaben im Regelfall eine erhöhte Glaubwürdigkeit gegenüber jedermann besitzen. Die Beweisbedeutung der Niederschrift erfordert deshalb eine eingehende Darstellung im folgenden zweiten Teil dieser Schrift. Be-

1) Laux S. 28.

2) Vgl. Bauch-Schmidt, § 45 Anm. 2; Hodes § 21 a Anm. 2.

3) Vgl. bay. OLG v. 5.11.1957, Bay. Bgm 1958, 68; Die Niederschrift wird dann in Auszügen den zuständigen Verwaltungsabteilungen aktenmäßig zugestellt, vgl. Kottenberg, § 37 Anm. 1.

4) Vgl. Kunze-Schmid, § 38 Anm. I, 1; Molitor, § 40 Anm. 3; Havers-Wenzel, § 38 Anm. 4.

achtenswert als Teil der Beweisfunktion ist die sog. Kontrollfunktion. Sie bedeutet, daß die Niederschrift wesentlich als Unterlage zur Nachprüfung ordnungsgemäßer Beschlußfassung bzw. sachgerechter Entscheidung durch die Aufsichts- und Rechtsmittelinstanz dient¹⁾.

III. Mit der Pflicht zur Anfertigung der Niederschrift ist z. T. eine Garantiefunktion und eine Warn- und Klarstellungsfunktion verbunden.

a. Die Garantiefunktion sichert die Beachtung der zu be-
urkundenden Formalien durch die Verfahrensbeteiligten²⁾. Sie
hat damit gewissermaßen eine erzieherische Funktion, die be-
sonders dort erkennbar wird, wo das Verfahren in bestimmten
Formen abläuft und die Beachtung der Förmlichkeiten wichtig
ist. So verfolgt insbesondere die Anfertigung der Verhand-
lungsniederschrift die Aufgabe, die Verfahrensbeteiligten
zur sorgfältigen Beachtung und Einhaltung der Verhandlungs-
formalien anzuhalten³⁾.

b. Der Warn- und Klarstellungszweck soll auf den Betei-
ligten einen gewissen Druck ausüben, die rechtlichen Konse-
quenzen seiner Erklärung zu überlegen und das tatsächlich
Gewollte vorsichtig und eindeutig zu erklären. Dieser Zweck
wird daher stets mit der Anfertigung einer Niederschrift zu
Protokoll, d. h. einer Erklärungsniederschrift verbunden
sein⁴⁾.

1) So besonders v. Stackelberg, G 54; Roggemann S. 77.

2) V. Stackelberg, G 54.

3) Vgl. Roggemann S. 77.

4) Vgl. Schlegelberger vor § 167 Rdnr. 1.

2. Teil

Die Niederschrift als Beweisurkunde

Die Niederschrift erfüllt, wie oben dargestellt, verschiedene Aufgaben. Nicht alle diese Aufgaben machen jedoch die Aufzeichnung in Form einer Niederschrift erforderlich. Dem Dokumentationszweck könnte auch ein formloser Bericht über die Geschehnisse genügen; die Transportfunktion würde durch die Aufnahme von Vermerken, Notizen u.a. erfüllt; der Garantie- und Warnzweck schließlich könnte durch besondere Aufmerksamkeit oder spezielle mündliche Formeln erreicht werden. Die wesentliche Aufgabe der Niederschrift liegt in ihrer Beweisfunktion. Das bedeutet: der historische Vorgang soll in der Weise festgehalten werden, daß er als Überlieferung von Tatsachen unbedingte und allgemeine Glaubwürdigkeit beanspruchen kann. Die Niederschrift ist deshalb ein Beweismittel¹⁾.

Die Verwaltungsbehörde ist im Rahmen des Verwaltungsverfahrens bei der Würdigung der ihr erforderlich erscheinenden Beweise regelmäßig frei, da das öffentliche Recht nur wenige verbindliche Beweisregeln enthält. Allerdings zählen zu den gesetzlichen Beweisregeln, die im öffentlichen Recht

1) Wolff I, § 45 II b 2.

analoge Anwendung finden und daher für die Verwaltung verbindlich sind, § 415 ff. ZPO¹⁾. Sie bestimmen die Beweiskraft privater und öffentlicher Urkunden.

Es ist deshalb im folgenden zu untersuchen, ob die Niederschrift dem Begriff der Urkunde - insbesondere der öffentlichen Urkunde - entspricht (§ 6) und welche Beweiskraft sie nach diesen gesetzlichen Regeln im öffentlichen Recht besitzt (§ 7).

1) Wolff III, § 156 IV c 2.

§ 6 Rechtscharakter der Niederschrift

I. Die Niederschrift stellt rechtlich eine Urkunde dar. Der Rechtsbegriff Urkunde ist jedoch uneinheitlich und deshalb nach seinem prozessualen und materiellen Sinn zu unterscheiden.

a. Der Begriff Ur-Kunde (instrumentum, documentum) umfaßt in seiner sprachlichen Bedeutung alle Gegenstände, die dazu dienen können, die Überzeugung von einer Tatsache hervorzurufen¹⁾. Im Rechtssinn bedeutet Urkunde nur die durch menschliche Tätigkeit hervorgebrachte Verkörperung eines Gedankens²⁾. Das Prozeßrecht hat eine weitere begriffliche Beschränkung vorgenommen und versteht unter Urkunde nur die Verkörperung eines Gedankens durch übliche oder vereinbarte Schriftzeichen³⁾. Gleichgültig für diese Begriffsbestimmung bleibt die Art der Schriftzeichen, soweit sie nur aus sich heraus verständlich sind, also eine Lesbarkeit der Aufzeich-

1) Urkunde bedeutet "Kenntnis, Erkennung", Grimmsches Wörterbuch, 11. Bd. Sp. 2455.

2) Roggemann S. 68.

3) Rosenberg, § 118 Anm. I, 1; Stein-Jonas, Vorbem. § 415 Anm. I; Baumbach-Lauterbach, Übersicht vor § 415 Anm. 1; Schöнке-Schröder-Niese S. 282.

nung gegeben ist¹⁾. Jede Niederschrift der öffentlichen Verwaltung ist in diesem Sinn Urkunde.

b. Die herrschende Lehre des Strafrechts²⁾ faßt unter den Begriff der Urkunde auch nichtschriftliche Verkörperungen von Gedanken, die im Zusammenhang mit anderen Beweismitteln oder Auslegungsbehelfen verständlich werden. Sie fordert aber, daß die verkörperte Erklärung zum Beweis geeignet und bestimmt ist.

Beweisgeeignet ist jede Niederschrift ohne Unterschied, in welchem sachlichen Bereich der öffentlichen Verwaltung sie angefertigt wurde, da sie regelmäßig die Kenntnis erheblicher Tatsachen vermittelt.

Die Beweisbestimmung wird entweder durch den Aussteller getroffen (sog. Absichtsurkunde) oder durch einen Dritten, soweit er die rechtliche Möglichkeit besitzt, durch den Inhalt der Urkunde Beweis zu erbringen (sog. Zufallsurkunde)³⁾. Die Niederschrift ist im Bereich der öffentlichen Verwaltung Absichtsurkunde. Sie wird regelmäßig von einer Behörde als Aussteller gerade zu dem Zweck hergestellt, für das weitere Verfahren oder für spätere Kontrollzwecke den Beweis der berichteten Tatsachen zu ermöglichen.

Da die Niederschrift im allgemeinen auch dem Urkundsbegriff im materiellen Sinn entspricht, kann sie Gegenstand der Urkundsdelikte gem. § 267 ff. StGB sein.

-
- 1) Rosenberg, § 118 I, 1; Roggemann S. 69, 71; so z. B. Kurzschrift, Blindenschrift, nicht Tonbandaufnahmen.
 - 2) Schönke-Schröder, § 267 Rdnr. 7; Jagusch in LK, Vorbem. z. § 267 Anm. 3; Kohlrausch-Lange, § 267 Anm. III, 2; Metzger, StUB II, S. 212; Maurach S. 414; Welzel S. 343.
 - 3) Schönke-Schröder, § 267 Rdnr. 14; Jagusch in LK, Vorbem. § 267 Anm. 5 f.

II. Die schriftliche Urkunde ist nach ihrem Inhalt zu unterscheiden in wirkende und bezeugende Urkunden¹⁾.

Die wirkende Urkunde enthält unmittelbar den zu beweisenden Vorgang oder Rechtsakt und verkörpert ihn; die bezeugende Urkunde berichtet über einen außerhalb von ihr liegenden Umstand, der ein Ereignis, einen Zustand oder eine sonstige Feststellung darstellen kann²⁾.

a. Die Niederschrift in der öffentlichen Verwaltung enthält regelmäßig nur einen Bericht über rechtserhebliche Tatsachen; sie ist vom Inhalt und Zweck her lediglich bezeugende Urkunde.

b. Die Niederschrift kann zugleich wirkenden Charakter besitzen, wenn öffentliche Bestimmungen dies ausdrücklich vorsehen. Das ist allgemein nur bei der sog. Einigungsniederschrift im Enteignungsverfahren der Fall.

Alle Gesetze enteignungsrechtlichen Inhalts geben den Beteiligten die Möglichkeit, sich in jedem Verfahrensstadium ganz oder teilweise zu einigen, um das Verfahren auf diese Weise abzukürzen und der Behörde die Entscheidung zu ersparen³⁾. Über eine solche Einigung, die sich auf den Gegenstand der Enteignung, auf die Entschädigung oder auf sonstige Punkte des Verfahrens beziehen kann, ist eine Niederschrift aufzunehmen⁴⁾. Die in ihr beurkundete Einigung steht einem nicht

1) Rosenberg § 118 II, 2; ebenso unterscheidet Schönke-Schröder, § 267 Rdnr. 15 Dispositiv- und Zeugnisurkunden; Maurach S. 283 Tatbestands- (konstituierende) und Zeugnisurkunden.

Die Unterscheidung in dispositive Urkunden (carta, testamentum, epistula) und schlichte Beweisurkunden (notitia, breve, memoratorium) stammt aus dem langobardischen und fränkischen Rechtsbereich, Bresslau I, S. 51; Schröder-v. Künßberg S. 289.

2) Rosenberg, § 118 II, 2 a, b.

3) Schütz-Frohberg, § 110 Rdnr. 1.

4) Z.B. § 110 BRauG; § 51 II BLEistG, § 37 LandbeschG, § 18 SchutzberG, § 27 BaulBeschG, § 115 I WassG NW, § 35 JagdG NW.

mehr anfechtbaren Enteignungsbeschluß gleich; die Niederschrift selbst ist vollstreckbarer Titel im Sinne des § 794 I Ziff. 1 ZPO¹⁾. Wegen der in ihr bezeichneten Leistungen findet also nach Zustellung an die Beteiligten die Zwangsvollstreckung statt.

Diese sog. Einigungsniederschrift ist wirkende Urkunde. Sie kann diesen Charakter ausschließlich besitzen oder zugleich auch als Zeugnisurkunde angefertigt sein. Die Einigungsbeurkundung wird nämlich regelmäßig in der im förmlichen Enteignungsverfahren stattfindenden mündlichen Verhandlung vorgenommen²⁾. Sie ist dann Bestandteil der Verhandlungsniederschrift, die im übrigen den wesentlichen Gang der Verhandlung und die Förmlichkeiten zu Beweis Zwecken beurkundet³⁾. Gibt die Verhandlungsniederschrift auch die Einigung wieder, so ist sie bezüglich dieser Angaben wirkende, im übrigen bezeugende Urkunde.

Da die Beteiligten und das Grundbuchamt, dem die Niederschrift über die Einigung zwecks Eintragung zuzusenden ist, an den nicht zur Einigung gehörenden Angaben nicht interessiert sind, ist nach der Funktion getrennt stets neben der Verhandlungsniederschrift eine gesonderte Einigungsniederschrift anzufertigen⁴⁾. Erstere ist reine bezeugende, letztere reine wirkende Urkunde.

1) Z.B. § 122 I Ziff. 1 BBauG, § 20 I SchutzberG, § 52 I BLeistG.

2) Sie kann aber auch im Vorbereitungsverfahren oder zwischen zwei mündlichen Verhandlungen erfolgen; vgl. weiter Heitzer-Oestreicher, § 110 Anm. 2; Schrödter, § 110 Rdnr. 1.

3) Vgl. v. Hausen-v.d. Heide, § 110 Anm. 3.

4) Vgl. v. Hausen-v.d. Heide, § 110 Anm. 3; Dittus-Zinkahn, § 27 Anm. 2.

III. Die Urkunde ist nach der Person des Ausstellers in öffentliche und private Urkunden zu trennen.

a. Der Begriff der öffentlichen Urkunde wird in § 415 ZPO für den Bereich des Zivilprozesses definiert; er kann aber allgemein für alle Rechtsbereiche gelten¹⁾. Öffentlich ist danach die "von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form aufgenommene" Urkunde. Die Niederschrift besitzt den Charakter einer öffentlichen Urkunde also nur unter folgenden drei Voraussetzungen:

1. Sie muß von einer Behörde ausgestellt sein. Darunter wird mit Wolff²⁾ ein Verwaltungsorgan verstanden, das durch öffentliche, organisatorische Rechtssätze gebildet wird, vom Wechsel seiner persönlichen Walter unabhängig ist und selbständig im Rahmen seiner Zuständigkeit hoheitliche Entscheidungen in Einzelfällen treffen kann³⁾.

Es lassen sich drei Gruppen von Behörden unterscheiden, zu deren Geschäfts- und Aufgabenbereich regelmäßig auch die Anfertigung einer Niederschrift gehört. Behörden sind einmal alle monokratischen Organe der unmittelbaren und mittelbaren Staatsverwaltung, bei denen die Verwaltungsaufgaben von dem Behördenleiter und weiteren weisungsabhängigen Amts-

-
- 1) Stein-Jonas, § 415 Anm. 1; Wieczorek, § 415 Anm. C; Schönke-Schröder, § 271 Rdnr. 4; Jagusch in LK, Vorbem. § 267 Anm. 5 a; RG v. 21.6.1889 RGSt 19, 353; RG v. 5.3.1909 RGSt 42, 234; RG v. 11.3.1937 RGSt 71, 101 (102).
 - 2) Siehe dazu im einzelnen Wolff II, § 76 I d 1 - 9.
 - 3) Im Anschluß an das RG (RG v. 4.11.1888, RGSt 18, 246 (250); v. 9.10.1894, RGSt 26, 138 (139) hat der BGH (BGH v. 12.7.1951, BGHZ 3, 100 (117)) als wesentliche Merkmale des Behördenbegriffs die organisatorische Einrichtung aufgrund öffentlichen Rechts und die Unabhängigkeit von der Person des Amtswalters herausgestellt. Vgl. die unterschiedliche Begriffsbestimmung bei Peters, Kap. 2, III; Jellinek, S. 359; Huber I, § 91; Jagusch in LK Vorbem. zu § 267 Anm. 5 c.

waltern wahrgenommen werden (z.B. Regierungspräsident, Gemeindedirektor, Hauptgeschäftsführer der IHK). Behörden sind zum anderen auch kollegialische Organe, soweit sie selbständig Entscheidungen mit verbindlicher Wirkung nach außen treffen können (z.B. Musterungsausschuß gem. § 18 I WehrpflG; Ausschuß nach § 9 SchmSchuG¹⁾). Ein repräsentatives Kollegialorgan dagegen besitzt keine Behördeneigenschaft, da ihm die Unabhängigkeit vom Wechsel der Mitglieder fehlt (z.B. Gemeindevertretung, Kammer-, Innungs- und andere Versammlungen öffentlich rechtlicher Körperschaften). Solche Kollegien stehen in der Regel jedoch mit Behörden in Verbindung, damit sie so ihre Beschlüsse Dritten gegenüber zur Geltung bringen können. Behörde ist dann der Vorstand des Kollegiums oder das Verwaltungsorgan, dem dieses Kollegium beigeordnet ist²⁾.

Die Behörde selbst muß auch Aussteller der Niederschrift sein. Unter Aussteller versteht man denjenigen, von dem die Urkunde herrührt, d.h., der als geistiger Urheber für die Erklärung einsteht³⁾. Aussteller ist deshalb nicht der Beamte persönlich, der die Niederschrift verfaßt und aufgezeichnet hat. Dieser bekleidet vielmehr das Amt des Schriftführers, also einen von der individuellen Person des Amtswalters unabhängigen, hoheitlichen Zuständigkeitsbereich⁴⁾. Die Anfertigung der Niederschrift gehört zu dem Aufgabenbereich dieses Amtes; sie ist Amtshandlung und wird der Behörde zugerechnet⁵⁾. Diese selbst ist also Aussteller.

- 1) Ausschüsse ohne Entscheidungsbefugnisse sind in aller Regel selbständige Hilfsorgane oder Organteile, deren Handeln dem Organ, d.h. der Behörde zugerechnet wird, vgl. Wolff II, § 76 I d 7.
- 2) Wolff II, § 76 I d 7.
- 3) Vgl. Schöнке-Schröder, § 267 Rdnr. 16. Die früher vertretene "Körperlichkeitstheorie" (bes. Frank, Kom. z. StGB, 18. Aufl. 1931) ist von der "Geistigkeitstheorie" abgelöst worden. Maurach, S. 420; Welzel S. 366; Jagusch in LK Vorbem. § 267 Anm. 3 b; RG v. 9.12.1940 RGSt 75, 47; BGH v. 11.10.1955 BGHSt 8, 174.
- 4) Vgl. im einzelnen Wolff II, § 73 I c.
- 5) Wolff, § 73 III d; Peters S. 177.

2. Die ausstellende Behörde muß sich im Einzelfall an ihren sachlichen und funktionellen Zuständigkeitsbereich halten. Die Verletzung der örtlichen Zuständigkeitsregeln schadet dem öffentlichen Charakter der Niederschrift dagegen nicht¹⁾.

3. Die Behörde muß auch die für eine öffentliche Urkunde im Zweifel²⁾ bestehenden Formerfordernisse beachten; bei der Niederschrift betrifft dies insbesondere die eindeutige Kenntlichmachung des Ausstellers (z.B. Kopf der Urkunde, Stempel, Siegel u.a.).

b. Für den öffentlichen Charakter der Niederschrift im prozessualen Sinn kommt es lediglich auf die Erfüllung der in § 415 ZPO umschriebenen formalen Erfordernisse, nicht aber auf ihren Erklärungsinhalt und Beweiswert, an³⁾.

Eine solche Niederschrift ist zugleich auch öffentliche Urkunde im materiellen Sinn, wenn sie zusätzlich die Aufgabe erfüllt, für und gegen jedermann Beweis zu erbringen⁴⁾. Sie muß dann für den Außenverkehr, d.h. für andere Amtsstellen oder Zivilpersonen bestimmt sein und darf sich nicht nur mit internen Angelegenheiten der Behörde selbst befassen⁵⁾. Nicht zu den öffentlichen Urkunden im materiellen Sinn zählen damit alle amtlichen Urkunden, also auch Niederschriften, die nur dem inneren Dienst der betreffenden Behörde,

1) Wieczorek, § 415 Anm. C II a; Stein-Jonas, § 415 Anm. I, 2; Jagusch in LK Vorbem. zu § 267 Anm. 5 d; RG v. 29.4.1926 RGSt 60, 209 (211).

2) Soweit Formvorschriften fehlen, entfällt dieses Erfordernis, Stein-Jonas, § 415 Anm. I, 3.

3) Wieczorek, § 415 Anm. C II, c; BGH v. 16.6.1952 BGEST 6, 304 (307).

4) St. Rspr. des RG: RG v. 14.11.1932 RGSt 66, 407; RG v. 3.11.1938 RGSt 72, 377 (378); RG v. 14.7.1941 RGSt 75, 285 (286); BGH v. 5.1.1955, BGEST 7, 94 (96); die Beweiskraft für und gegen jedermann ist regelmäßig die Folge der der Tatsache, daß die Beurkundung durch einen zuständigen Beamten gem. § 415 ZPO geschah.

5) Schönke-Schröder, § 271 Rdnr. 4; Maurach S. 430; Jagusch in LK Vorbem. § 267 Anm. 5 f.

insbesondere der Kontrolle, Ordnung und Übersicht einzelner Geschäftszweige dienen (z.B. Niederschrift über Amtsleiterbesprechung). Der Inhalt der Niederschrift betrifft jedoch regelmäßig Tatsachen, die nicht lediglich für die inneren Verhältnisse einer Behörde bestimmt sind, sondern (auch) außenstehende Zivilpersonen angehen. Das ist der Fall bei allen Niederschriften, die im persönlichen Kontakt der Behörde zu einer Zivilperson (z.B. in förmlichen Verhandlungen, bei Vernehmungen und der Abgabe von Erklärungen) erstellt werden. Auch Beratungsniederschriften sind regelmäßig für den Beweis der beurkundeten Tatsachen im Außenverkehr bestimmt. Das gilt insbesondere für die Niederschrift des Gemeinderates. Sie bildet in der Regel die Grundlage für den Vollzug der Beschlüsse des Gemeinderates durch den Hauptgemeindevorstand, enthält also für den gesamten Rechtsverkehr der Gemeinde den Nachweis einer Vertretungsmacht. Weiter kann die Niederschrift von den Gemeindemitgliedern eingesehen werden¹⁾; die durch die Einsichtnahme gewonnenen Kenntnisse können für die Mitsprache in der Bürgerversammlung²⁾ oder für die Ausübung des Wahlrechts ausschlaggebend sein. Deshalb entspricht auch die Niederschrift des Gemeinderates den Anforderungen an eine öffentliche Urkunde im materiellen Sinn³⁾.

c. Die Niederschrift, die nicht die besonderen Voraussetzungen der öffentlichen Urkunde erfüllt, ist Privaturkunde⁴⁾.

1) Z. B. Art. 54, III S. 2 bay. GemO und allgemein Gönnerwein S. 291.

2) Z. B. Art. 18 bay. GemO.

3) Kottenberg, § 37 Anm. I; Kunze-Schmid, § 38 Anm. I, 1; Helmreich-Widmann, Art. 54, Ziff. 7; Gönnerwein, S. 291; Bay. ObLG v. 19. 12. 1957, Bay. Bgm 1958, 190.

4) Rosenberg, § 118 II, 1 b; Schönte-Schröder-Niese, S. 282; Maurach S. 428.

Fehlt bei der Anfertigung einer öffentlichen Niederschrift ein Erfordernis im Sinn des § 415 ZPO, sei es die Behörden-eigenschaft des Ausstellers (z.B. verwaltungsinterner Ausschuß; Schulpflegschaftsversammlung), die Zuständigkeit des Amtsträgers oder die Einhaltung der Form, so verliert die Niederschrift den Charakter einer öffentlichen Urkunde, kann aber gleichwohl als Privaturkunde gültig sein.

Zusammenfassend bleibt festzustellen:

Im Bereich der öffentlichen Verwaltung ist die Niederschrift regelmäßig zur Aufnahme beweiserheblicher Tatsachen von öffentlich-rechtlicher Bedeutung vorgeschrieben. Sie wird deshalb in der Regel von einem Beamten in seiner Eigenschaft als Amtsträger, nicht als Privatperson aufgenommen. Die Niederschrift ist deshalb im Regelfall eine öffentliche Zeugnisurkunde.

§ 7 Beweiswirkung der Niederschrift

Die Niederschrift ist Beweismittel und besitzt als solches eine gesetzlich näher festgelegte Beweiskraft. Was besagen und beinhalten diese Begriffe?

I. Der Begriff Beweis bezeichnet das Bemühen einer Person, in einer anderen Person die Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Behauptung zu begründen. Dazu wird dem anderen die sinnliche Wahrnehmung über das Beweisthema verschafft. Das, was diese sinnliche Wahrnehmung ermöglicht oder vermittelt, nennt man Beweismittel. Die Fähigkeit des Beweismittels, die Überzeugung des anderen zu begründen oder zu beeinflussen, heißt Beweiskraft¹⁾.

1) Gewißheit über die Wirklichkeit einer Tatsache gibt nur die eigene unmittelbare Wahrnehmung. Bei der Überlieferung durch ein Hilfsmittel (Zeuge, Urkunde) hängt die Überzeugung wesentlich von der Glaubwürdigkeit und dem Zutrauen zu den Beweismitteln ab. Seine Verlässlichkeit und Überzeugungskraft ist im eigentlichen Sinne die Beweiskraft. Vgl. dazu: Heusler S. 221; Wendt S. 318.

a. Die Niederschrift ist in ihrer Eigenschaft als Urkunde Beweismittel. Von dem gesprochenen Wort, das ebenfalls sinnlich wahrgenommen wird (z.B. Anhören einer Zeugenaussage), unterscheidet sie sich dadurch, daß sie die Erklärung verkörpert, "perpetuiert"¹⁾, von dem Augenscheinobjekt (z.B. Ansehen einer Wunde, einer Spur) grenzt sie sich dadurch ab, daß sie aus sich selbst heraus verständlich ist, also selbst "redet" und nicht erst erklärt zu werden braucht²⁾.

b. Hinsichtlich ihrer Beweiskraft muß die materielle und formelle Beweiskraft unterschieden werden.

Unter materieller Beweiskraft ist die Bedeutung der Urkunde für das Beweisthema zu verstehen. Sie betrifft die Beweis-erheblichkeit für den konkreten Fall, in dem von der Urkunde als Beweismittel Gebrauch gemacht wird (z. B. im Prozeß oder Verwaltungsverfahren). Welche Bedeutung also die durch eine Niederschrift erwiesenen Tatsachen für die Rechtsposition des Beweisführers haben, richtet sich nach den tatsächlichen und rechtlichen Umständen des Anwendungsfalles. Feste Regeln lassen sich hier nicht aufstellen³⁾.

Die formelle Beweiskraft bedeutet den Beweis, daß der Aussteller die in der Urkunde enthaltenen Erklärungen abgegeben hat⁴⁾.

1) Maurach S. 414.

2) Vgl. Rosenberg, § 118 I, 1; Heusler spricht von der Urkunde als der "vox mortua", S. 291; ebenso Wendt S. 318.

3) Schönke-Schröder-Niese S. 285; Stein-Jonas, Vorbem. zu § 415 Anm. III; Wieczorek, § 415 Anm. A III.

4) Schönke-Schröder-Niese S. 284; Stein-Jonas, Vorbem. zu § 415 Anm. II.

II. In welchem Umfang auf den Inhalt als richtig und wahr vertraut werden kann, hängt wesentlich von der Glaubwürdigkeit des Ausstellers ab¹⁾. Hierin unterscheiden sich öffentliche und private Urkunden.

Die öffentliche Urkunde wird von einer Behörde erstellt, auf deren pflichtgemäßes, sorgfältiges Handeln jedermann vertrauen darf. Deshalb hat der Gesetzgeber die Beweiskraft der öffentlichen Urkunde auch auf ihren Inhalt erstreckt, allerdings in begrenztem Umfang und mit der Maßgabe der Widerleglichkeit im Regelfall.

Die private Urkunde dagegen erzeugt kein gesetzlich begründetes Vertrauen in die Richtigkeit ihrer Angaben.

a. Hinsichtlich des Umfangs der Beweiskraft trennt die ZPO bei den öffentlichen Zeugnisurkunden solche, die eine vor einer Behörde abgegebene Erklärung enthalten (§ 415 ZPO) von denen, die über eine andere Tatsache ausgestellt sind (§ 418 ZPO). Diese Trennung läßt sich für die Niederschrift nur unvollständig durchführen. Die Erklärungs-niederschrift kann zwar ohne Schwierigkeit der ersten Gruppe zugeordnet werden²⁾; die Verhandlungs- oder Beratungsniederschrift enthält aber neben anderen Tatsachen (Beschlüsse, Feststellungen zu Wahlergebnissen u.a.) auch Erklärungen im Sinne des § 415 ZPO³⁾. Für den Umfang der Beweiskraft ist diese Trennung jedoch unerheblich. Als öffentliche Zeugnisurkunde beweist die Niederschrift gem. § 415 ZPO den "beurkundeten Vorgang", gem. § 418 ZPO die "bezeugten Tatsachen". Beide Begriffe decken sich inhaltlich, sie erfassen den gesamten

1) Vgl. Jagusch, Vorbem. zu § 267 Anm. 3 c; Schönke-Schröder, § 267 Rdnr. 16: der Aussteller steht als Urheber unter der Erklärung und tritt für sie ein.

2) § 415 ZPO erfaßt Erklärungen in weitestem Sinne, also z.B. Anträge, Zeugnisaussagen, gutachtliche Stellungnahmen; vgl. Stein-Jonas § 415 Anm. II, 1.

3) Z. B. wenn ein Ratsmitglied die Protokollierung seiner abweichenden Meinung verlangt.

Inhalt der Niederschrift¹⁾. Dazu zählen also einmal alle Angaben, die von dem tatsächlichen Geschehen selbst berichten (z.B. der Wortlaut der Beschlüsse, die wörtliche oder sinn-gemäße Wiedergabe der Erklärungen, die Abstimmungsergebnisse u.a.); zum anderen aber auch alle Feststellungen, die mit diesem Geschehen in tatsächlicher Beziehung stehen (z.B. Angaben zu Ort, Zeit, Beteiligten, Beachtung von Formalien u.a.). Diese näher bezeichneten Inhaltsangaben der Nieder-schrift werden "voll" bewiesen. Die öffentliche Behörde ge-währleistet als solche, daß sich die Vorgänge so, wie berich-tet, tatsächlich abgespielt haben und die Erklärungen wirk-lich in der berichteten Form und Bedeutung abgegeben worden sind (positive Beweiswirkung). Nicht enthaltene Vorgänge gel-ten als nicht geschehen (negative Beweiswirkung). Es wird folglich die Vermutung von der Vollständigkeit und Richtig-keit der Wiedergabe des berichteten Geschehens begründet²⁾. Für die Richtigkeit ihrer eigenen³⁾ Wahrnehmungen garan-tiert die Behörde auch gegenüber jedermann, die Angaben be-sitzen damit "öffentlichen Glauben"⁴⁾.

b. Die Beweiskraft erstreckt sich jedoch nicht auf die sachliche Richtigkeit des Inhalts der Erklärungen oder Ent-

-
- 1) Stein-Jonas, § 415 Anm. II, 2, § 418 Anm. II; Wieczorek, § 418 Anm. B I; Schönke-Schröder-Niese S. 284; Rosen-berg, § 118, III 2 a.
 - 2) Wolff III, § 156 V b 2, vgl. auch Kunze-Schmid, § 38 Anm. I, 1; Helmreich-Widtmann Art. 54, Ziff. 4.
 - 3) Daß sich die Beweiswirkung regelmäßig nur auf Tatsachen eigener Wahrnehmung der Behörde (bzw. des Schriftfüh-rers) beziehen kann, ergibt schon der Begriff der Nieder-schrift. Es können aber auch Tatsachen fremder Wahrneh-mung bewiesen sein, wenn sich aus dem Gesetz ergibt, daß die Beweiskraft bestimmter Feststellungen unabhängig von eigenen Wahrnehmungen der Behörde eintreten soll. Das trifft z.B. für die Feststellungen der ordnungsgemäßen Ladungen bei Beratungsniederschriften des Gem. Rates zu (so BGH v. 14. 2. 1962, VwRspr. Bd. 14 S. 942 u. 944).
 - 4) Stein-Jonas, § 415 Anm. II, 2; Maurach S. 430; Jagusch in IK Vorbem. zu § 267 Anm. 5 ff.

scheidungen¹⁾, da die Niederschrift in der Regel Zeugnisurkunde, nicht aber Dispositivurkunde ist. Sie erstreckt sich aber auf die Angaben zur Identität der erschienenen Personen.

Letztere Feststellung ist nicht unbestritten und daher näher zu erläutern. Das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung den Personalangaben in Protokollen des Zivil- und Strafverfahrens keine Beweiskraft bezüglich der Person zuerkannt²⁾. Das Protokoll sei allein dazu bestimmt und geeignet, die treue Wiedergabe der Erklärung zu bezeugen, nicht aber ihre inhaltliche Wahrheit (auch) hinsichtlich einer Namensangabe. Das Protokoll beweise nur, daß die erschienene Person den aufgezeichneten Namen erklärt habe, nicht auch, daß sie diese bestimmte Person sei³⁾. Eine Feststellungswirkung über die Identität der Person wird jedoch für Personalangaben in der Niederschrift auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit⁴⁾ und in Niederschriften über gerichtliche Vergleiche angenommen⁵⁾. Hier bestehe eine Beweisbedürftigkeit gerade für die Tatsache, daß die bestimmt benannte Person auch tatsächlich an der Verhandlung teilgenommen habe.

1) Stein-Jonas, § 415 Anm. II, 3; Wieczorek, § 415 Anm. D II, b, § 418 Anm. B I; auch Kunze-Schmid, § 38 Anm. I, 1.

2) RG v. 13.3.1884, RGSt 10, 243 (Niederschrift über strafgerichtliche Vernehmung); RG v. 12.12.1889, RGSt 20, 249 (Niederschrift über Aufgebotsbestellung); RG v. 22.12.1906, RGSt 39, 346 (Klageerhebung zu Protokoll); RG v. 4.6.1912, RGSt 46, 112 (Protokoll der Hauptverhandlung im Zivilprozeß); RG v. 6.11.1925, Leipz. Z. 1926, Sp. 286; OLG Freiburg v. 29.5.1947, DRZ 1948, 66 (Protokoll im Strafprozeß).

3) Bes. klar: RG v. 22.12.1906, RGSt 39, 346: "Auf die Tatsache, daß die im Protokoll wirklich als Kläger bezeichnete Person die Klage angebracht hat, daß der Kläger den von ihm angeführten Namen wirklich führt und derjenige ist, für den er sich ausgibt, kann und will sich die urkundliche Beweiskraft nicht erstrecken".

4) RG v. 22. 9. 1932, RGSt 66, 356.

5) Rauch S. 304; vgl. auch Binding II, 283; Maurach, S. 431.

Die Abstufung der Beweiskwirkung nach dem Entstehungsbereich ist insbesondere von Rauch¹⁾ als unberechtigt angegriffen worden. Er stellt zutreffend klar, daß die Personalangaben in jeder Niederschrift nicht dem Erklärungsinhalt, sondern dem Feststellungsinhalt zuzurechnen sind. Sie sind also nicht lediglich Wiedergabe des Erklärten, wie das RG im allgemeinen Fall annimmt, sondern gehören zu den eigenen Feststellungen, die der Schriftführer zu dem Geschehen trifft²⁾. Seine Feststellungen beruhen darauf, daß er entweder die Person des Erschienenen kennt oder sich über ihre Personalien vergewissert hat oder ihren Angaben ungeprüft als richtig vertraut hat. Diese Tatsache berichtet das Protokoll. Sie wird von der Beweiskwirkung der Niederschrift mit umfaßt, begründet also die Vermutung für die Richtigkeit der Feststellung zu der Person des Erschienenen³⁾.

Ob diese Feststellungen tatsächlich richtig sind, will und kann das Protokoll nicht beweisen, da dies seinem Berichtscharakter widerspräche. Eine Tatbestandswirkung der Angaben über die Identität der erschienenen Person wird durch die Niederschrift also nicht herbeigeführt⁴⁾.

1) Rauch, S. 304; vgl. auch Binding II, 283; Meurach S. 431.

2) Siehe § 9 Ziff. I b dieser Arbeit.

3) Stein-Jonas, § 418 Anm. II; so Schönke-Schröder, § 271 Rdnr.; Schlegelberger § 176, Rdnr. 24.

4) Wieczorek, § 415 Anm. D II a: auch bei der Dispositivurkunde sollte die Prüfung der Personalien, die hier regelmäßig vorgeschrieben ist (§ 176 Anm. III FGG) nicht zu einer Tatbestandswirkung verdichtet werden;

a.A. Schönke-Schröder, § 271 Rdnr.; auch Rauch a.a.O.; Schlegelberger, § 176 Rdnr. 24. Der Feststellungsinhalt wird nur bewiesen als Teil des beurkundeten Vorgangs; ein absoluter, allgemeingültiger Beweis über die Identität (wie z. B. ein Paß) wird damit nicht erbracht.

III. Die Beweiskraft der echten und ordnungsgemäßen Niederschrift kann durch den Beweis der Unrichtigkeit der beurteilten Tatsachen beseitigt werden. Gegenstand dieser Beweisführung ist gemäß §§ 415 II, 418 II ZPO nur die objektive Unrichtigkeit der Beurkundung in Bezug auf die geschehenen Tatsachen, die Feststellungen zu diesem Geschehen (Ort, Zeit) und die Identität des Schriftführers oder der erschienenen Person¹⁾. Die Fehlerquelle liegt also stets im Vorgang der Beurkundung selbst. So kann beispielsweise das Geschehen durch einen Irrtum des Schriftführers (Hörfehler, falsches Verstehen) unrichtig wiedergegeben sein; er kann auch Vorgänge vergessen oder beurkundet haben, obwohl sie nicht durchgeführt wurden. Die sachliche Richtigkeit seiner Wiedergabe ist durch Gegenbeweis jedoch nicht angreifbar.

Der Gegenbeweis kann mit beliebigen Beweismitteln, z. B. durch Aussagen der Beteiligten²⁾ oder Zeugen, durch Darlegung früherer Vorgänge oder durch Vorlage von Urkunden geführt werden. Gelingt der Nachweis der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit, so wird die Beweiskraft der Niederschrift regelmäßig nicht völlig beseitigt, sondern entfällt nur hinsichtlich ihres unrichtigen Teils, bleibt aber im übrigen uneingeschränkt³⁾ bestehen. Die bestehende Vermutung der Richtigkeit muß jedoch stets objektiv überzeugend widerlegt werden; eine bloße Anzweiflung oder der Nachweis

1) Stein-Jonas, § 415 Anm. III, 2; § 418 Anm. III; Wieczorek, § 415 Anm. D II b; § 418 Anm. B II; RG v. 25.9.1924, RGZ 108, 397 u. 402; vgl. auch Kottenberg, § 37 Anm. I; Kunze-Schmid, § 38 Anm. I, 1; Helmreich-Widmann Art. 54 Ziff. 4 und preuß. OVG v. 24. 6. 1882, Bd. 9, 42 (47).

2) So sicher für das Verwaltungsverfahren, in dem die Untersuchungsmaxime gilt. Ob der Beweis im Prozeß auch durch Parteivernehmung geführt werden kann, ist streitig. Nach h. M. ist er nicht Gegenbeweis gem. § 415 II ZPO (so Rosenberg, § 118 III, 2 a), sondern Hauptbeweis gem. § 292 I, 2 ZPO (so Stein-Jonas, § 415 Anm. III; Baumbach-Leuterbach, § 415 Anm. 4).

3) Vgl. § 13 Ziff. III, d dieser Arbeit.

der möglichen Unrichtigkeit können die Beweiskraft in keinem Falle erschüttern¹⁾.

IV. Die Möglichkeit des Gegenbeweises wird für die Niederschrift der Hauptverhandlung im Zivil- und Strafprozeß gemäß § 164 ZPO, § 274 StPO eingeschränkt. Eine gleichlautende Bestimmung für die Verhandlungsniederschrift im öffentlichen Bereich sieht § 131 FlurBG vor.

a. Die Einschränkung der vorgenannten Bestimmungen bezieht sich auf den Nachweis unrichtiger Beurkundung von Förmlichkeiten der mündlichen Verhandlung. Die beurkundeten Förmlichkeiten gelten unwiderleglich als gewahrt, die nicht beurkundeten unwiderleglich als nicht erfüllt. Der Nachweis ihrer unrichtigen, also auf dem Irrtum der Urkundsperson beruhenden Beurkundung ist nicht zulässig. Nur der Beweis der Fälschung vermag diese absolute (positive und negative) Beweiswirkung zu entkräften²⁾.

b. Diese Beweisregel ist nicht nur für die Niederschriften im Flurbereinigungsverfahren verbindlich, sondern gilt allgemein für die Verhandlungsniederschrift im sog. förmlichen Verwaltungsverfahren³⁾.

Der Grund ergibt sich aus der Gleichartigkeit der förmlichen Verhandlung mit der Hauptverhandlung im Prozeß. Für beide gel-

1) Vgl. Rosenberg, § 118 III; Schönke-Schröder-Niese S. 284; Stein-Jonas, § 415 Anm. III, 1; § 418 Anm. III; RG v. 5.2.1931, RGT 131, 284 u. 289; im öffentlichen Recht: Gönnerwein S. 291.

2) Vgl. Stein-Jonas, § 164 Anm. II; Wieczorek, § 164 Anm. B III; Schönke-Schröder-Niese S. 153; Kleinknecht-Sax, § 274 Anm. 1 b; Glanzmann, G 31; Steuer Anm. zu § 131; Seehusen pp, Anm. zu § 131.

3) Vgl. Wolff III, § 156 V b 2.

ten dieselben rechtsstaatlichen Prinzipien (z.B. Gebot des rechtlichen Gehörs, der Mündlichkeit, Öffentlichkeit, Verbot der Mitwirkung Befangener), die eine objektive, unmittelbare Sacherforschung garantieren sollen und dazu einen äußerlich gestrafften, formellen Verhandlungsgang erforderlich machen. Die Einhaltung der Verfahrensmaximen begründet für die höhere Instanz im Kontrollverfahren die Vermutung, daß auf dem vorgeschriebenen Weg auch die sachlich zutreffende Entscheidung gefunden worden ist¹⁾. Deshalb ist der Nachweis der Beachtung von Förmlichkeiten von erhöhter Bedeutung. Diesem Ziel dient die Niederschrift in der prozessualen Hauptverhandlung; den gleichen Zweck verfolgt sie auch in der "justizförmigen" Verhandlung des Verfahrens²⁾.

1) Müller-Sax, § 274 Anm. 1 a.

2) Insbesondere in den Fällen, in denen ein Vorverfahren zur Überprüfung der Entscheidung der förmlichen Verhandlung entfällt, vgl. § 6 I nw. AG VwGO.

3. Teil

Gültigkeitsvoraussetzungen der beweiskräftigen Niederschrift

Die formelle Beweiskraft der Niederschrift entsteht nur unter zwei Voraussetzungen. Sie beruht zum einen auf der Echtheit der Urkunde, zum anderen auf der Ordnungsmäßigkeit hinsichtlich ihres Inhalts, ihres Zustandekommens und ihrer äußeren Form. Die Ordnungsmäßigkeit wird primär bestimmt durch verbindliche Regeln; darüber hinaus sind allgemeine Anforderungen zu beachten, die an jede Beweisurkunde zu stellen sind. Es ist Aufgabe des folgenden Abschnitts, diese Gültigkeitsvoraussetzungen - unabhängig von ihrer gesetzlichen Fixierung im Einzelfall - bezüglich der Echtheit (§ 8), des Inhalts (§ 9), der mitwirkenden Personen (§ 10), der Art und Weise der Anfertigung und der äußeren Form (§ 11) eingehender darzustellen.

§ 8 Echtheit der Niederschrift

Die Niederschrift kann als Zeugnisurkunde die hier aufgezeigte Beweiswirkung nur entfalten, wenn sie echt ist.

I. Zu unterscheiden ist die Echtheit im materiellen und prozessualen Sinn.

a. Echt im materiellen Sinn ist eine Urkunde, wenn sie in ihrem Gesamtinhalt so, wie sie vorliegt, von dem aus ihr ersichtlichen Urheber wirklich herrührt¹⁾. Echtheit setzt also zweierlei voraus; einmal, daß der aus der Urkunde erkennbare und der wirkliche Aussteller personengleich sind (Identität des Ausstellers), zum anderen, daß die gesamte Erklärung unverändert von ihm herrührt oder befugterweise von ihm geändert worden ist²⁾. Die Echtheit bestimmt sich daher ausschließlich nach der Urheberschaft.

1) BGH v. 13. 12. 1955, BGHSt 9, 44.

2) Vgl. Jagusch in LK, Vorbem. zu § 267 Anm. 7; Schönke-Schröder, § 267 Rdnr. 48.

Aussteller der Niederschrift als öffentliche Urkunde ist die Behörde, nicht der Schriftführer, der sie tatsächlich anfertigt. Seine Erklärung ist Erklärung der Behörde selbst¹⁾. Die Niederschrift ist deshalb unecht, wenn der Schriftführer zu ihrer Anfertigung nicht befugt ist²⁾. In einem solchen Fall stellt der Schriftführer mit der - formell ordnungsgemäßen - Niederschrift nicht nur die unwahre Behauptung auf, daß er für die ausstellende Behörde rechtswirksam handeln können (sog. schriftliche Lüge), sondern er täuscht auch vor, daß die Behörde selbst der Aussteller sei. Darin liegt jedoch eine Identitätstäuschung über die Person des Ausstellers³⁾.

Die von dem Schriftführer ordnungsgemäß erstellte Niederschrift ist auch insoweit unecht, als dieser ohne Kenntlichmachung Änderungen oder Berichtigungen daran vornimmt, nachdem er sie "begeben", d.h. in den Rechtsverkehr gebracht hat. Mit Übergabe in den öffentlichen Verkehr, also mit Aushängung an Beteiligte oder Ablage zu den Akten wird dem Schriftführer die Gestaltungsbefugnis hinsichtlich seiner Erklärungen entzogen, soweit er durch nachträgliche Änderungen fremde Unversehrtheitsinteressen verletzt⁴⁾. Der gleiche Grundsatz gilt für jede spätere Änderung einer Niederschrift, bei der die Unterschrift von weiteren Personen (Vorsitzender der Versammlung, Beteiligter des Verfahrens) vorgeschrieben ist, sobald diese ihre Unterschrift geleistet haben und die nachträgliche Änderung nicht kennen oder nicht billigen.

Aussteller der Niederschrift als Privaturkunde ist der Schriftführer selbst. Ihre Echtheit wird beeinträchtigt, wenn an dessen Urheberschaft Zweifel auftauchen.

1) Siehe § 7 III a, 1 der Arbeit.

2) Z.B. die Verhandlungs- oder Beratungsniederschrift eines Referendars, der mit der Anfertigung nicht beauftragt war. Es muß stets die Ermächtigung zur Vornahme der Amtshandlung vorliegen, vgl. Maurach, S. 428.

3) BGH v. 11.1.1955, BGHSt 7, 150 (152); v. 13.12.1955, BGHSt 9, 44; v. 6.12.1961, BGHSt 17, 11 (13).

4) RG v. 28.10.1940, RGSt 74, 341; RG v. 20.12.1934, RGSt 69, 28; Jagusch in LK, Vorbem. § 267 Anm. 7 b.

b. Echt im prozessualen Sinn ist die Niederschrift, wenn sie nach ihrer Erscheinungsform und ihrem Inhalt von demjenigen herrührt, den der Beweisführer im konkreten Beweisfall als Aussteller behauptet¹⁾. In Abweichung zum materiellen Begriff kommt es hier nicht darauf an, daß die Urkunde von dem im Text oder durch die Unterschrift erkennbaren Aussteller herrührt. Dieser Unterschied besitzt bei der Niederschrift in der öffentlichen Verwaltung wenig praktische Bedeutung. Ihre Echtheit im prozessualen Sinn ergibt sich ohne weiteres aus ihrem Text oder der äußeren, "amtlichen" Erscheinung.

II. Während die Beweiskraft des Inhalts der echten, öffentlichen Urkunde durch das Gesetz festgelegt wird, ist die Entscheidung darüber, ob die Urkunde überhaupt echt und damit als Beweismittel tauglich und verwendbar ist, der Verwaltung selbst überlassen²⁾. Eine gesetzliche Vermutung, wie sie §§ 437, 440 II ZPO für den Prozeß aufstellen, gibt es im Verwaltungsrecht nicht. Hier begründet aber die Einhaltung aller Ordnungsmäßigkeitsvorschriften und die Beachtung der speziellen Formerfordernisse die - allerdings widerlegliche - tatsächliche Vermutung der Echtheit.

1) Rosenberg, § 118 III, 1; Stein-Jonas, § 437 Anm. I, 1; Schönke-Schröder-Niese, S. 283; die Gültigkeit dieser Definition aus dem Zivilprozeß ist allerdings fraglich für alle Prozeßarten, in denen der Untersuchungsgrundsatz herrscht und deshalb die Beweisführungslast fehlt.

2) So auch im Prozeß, vgl. Rosenberg, § 118 III, 1 a; Stein-Jonas, § 437 Anm. A I, 2; RG v. 5. 10. 1922, RGZ 105, 221.

§ 9 Der Inhalt der Niederschrift

Der Inhalt umfaßt alle Angaben, die in einer Niederschrift enthalten sind. Die Angaben besitzen jedoch eine unterschiedliche Bedeutung für die Ordnungsmäßigkeit. Ordnungsmäßig ist nur diejenige Niederschrift, die den vom Gesetz vorgeschriebenen oder nach dem Beweiszweck erforderlichen Inhalt enthält. Hinsichtlich des Inhalts ist deshalb der notwendige von dem tatsächlichen Inhalt zu trennen.

I. Notwendig ist der von verbindlichen Vorschriften im Einzelfall vorgesehene Inhalt. Da die öffentlich rechtlichen Bestimmungen jedoch unterschiedliche und unvollständige Regelungen enthalten, sind diejenigen Angaben, die eine beweiskräftige Niederschrift notwendig enthalten muß, auch nach dem Rechtscharakter und ihrer Funktion als Beweisurkunde zu bestimmen.

a. Notwendig sind die Feststellungen des Schriftführers zu den äußeren Umständen des berichteten Ereignisses, der sog. Feststellungsinhalt.

1. Zum Feststellungsinhalt zählen in jedem Fall die Angaben zu Ort und Zeit. Zwar finden sich im Verwaltungsrecht im Gegensatz zu anderen Rechtsbereichen¹⁾ selten gesetzliche Vorschriften, nach denen die Angaben zu Ort und Zeit ausdrücklich gefordert werden²⁾. Auffällig oft werden diese Angaben aber dann verlangt, wenn der Verwaltungsträger selbst Ablauf und Durchführung des Verwaltungsverfahrens festgelegt hat (Geschäftsordnung eines Gemeinderates, eines Ausschusses oder eine interne Dienstordnung). Hierher gehören weiter die Angaben zu der Persönlichkeit der Beteiligten und der bei der Verhandlung oder Beratung mitwirkenden Personen³⁾. Auch die Beurkundungen zum Beginn, Ende, Unterbrechung, Vertagung und anderen äußeren Umständen sind Feststellungsinhalt⁴⁾. Zu trennen sind davon konkrete Angaben zum Verlauf bzw. Her- gang einer Verhandlung, die als Formalienbeurkundung zum Er- klärungsinhalt der Niederschrift gehören.

2. Die Notwendigkeit der Feststellungsangaben folgt aus dem Charakter der Niederschrift als Berichturkunde. Sie ist dazu geeignet und bestimmt, die Wahrnehmungen des Berichter- statters über selbst erlebte Ereignisse wort- und sinngetreu wiederzugeben. Zu seinen Wahrnehmungen gehört somit alles, was er sieht und hört. Soll dem Geschehen aber über den Augenblick hinaus durch Beurkundung eine gewisse Rechtsbe- deutung gesichert werden, so genügt es nicht, daß die Schrift lediglich wiedergibt, was der Berichterstatter sinn- lich wahrgenommen hat. Er muß vielmehr gerade solche sacher- heblichen Umstände festhalten, die das Ereignis als ge- schichtlichen Vorgang bestimmen und individualisieren. Dier- ser Aufgabe dienen die Feststellungsangaben. Die Berichter- stattung zerfällt deshalb in zwei Teile: die Aufnahme des

- 1) § 159 ZPO, § 272 StPO, § 176 FGG, § 2440 BGB (Protokoll über Testamenterrichtung).
- 2) So in: § 4 Ziff. 15 VO zum SchulG NW; § 10 I VO über Einigungsstellen zur Beilegung von Wettbewerbsstreitigkeiten NW; § 42 I rhpf. GemO; § 49 nds. GemO; Art. 54 I bay. GemO; vgl. auch §§ 54 IV, 78 EVwVerfG 1963.
- 3) Schlegelberger, § 176, Rdnr. 1, 2.
- 4) Vgl. Kunze-Schmid, § 38 Anm. 2.

tatsächlichen Geschehens, die lediglich "Nachschaffung" ist und seine Feststellung, die eine selbständige "Neuschaffung" darstellt¹⁾. Erst die Verbindung beider Elemente macht die Niederschrift zu einer selbständig verwendbaren Beweisurkunde, die das Geschehen in seiner historischen Abhängigkeit von Ort, Zeit, handelnden Personen und ähnlichen Umständen verselbständigt und es so jedem Dritten aus sich selbst verständlich mitteilen und lebendig werden lassen kann.

Die Wiedergabe der Feststellungen bildet gerade das spezifische Merkmal einer Niederschrift in Abgrenzung zu dem formlosen Bericht, dem Vermerk oder der Notiz. Im Mittelalter bestanden dafür entsprechende, wirksamkeitsbegründende Formeln, die dem Erklärungsinhalt (Kontext) der Urkunde vorangingen (sog. Protokoll) bzw. folgten (sog. Eschatokoll)²⁾. Sie erfassen im wesentlichen die Feststellungsangaben der heutigen Niederschrift.

b. Die Angaben des Schriftführers zu dem Ereignis selbst, d.h. der Bericht über seinen Verlauf und sein Ergebnis, sind als Erklärungsinhalt der Niederschrift zu bezeichnen. Die Notwendigkeit dieser Angaben ergibt sich einerseits in unterschiedlichem Umfang aus verbindlichen Einzelvorschriften³⁾, andererseits aus dem Zweck, dem die Niederschrift im Einzelfall dienen soll.

1. Gesetzliche Bestimmungen zählen zum Teil enumerativ (katalogmäßig) auf, welchen Erklärungsinhalt die Nieder-

1) Vgl. dazu Schlegelberger, § 176, Rdnr. 1.

2) Es galt folgendes Schema der Berichterstattung, das bei jeder Aufnahme einer Niederschrift eingehalten werden mußte: 1. invocatio (Anrufung des göttlichen Namens); 2. intitulatio (Angabe des Namens und Titels des Ausstellers); 3. inscriptio (Angabe des Adressaten); 4. suscriptiones (Unterschriften der Zeugen, Aussteller und Datierung); 5. apprecatio (Schlußgebet); vgl. im einzelnen Bresslau I, S. 47 - 48.

3) Für den konkreten Fall ist stets auf die Erfordernisse der Einzelvorschrift abzustellen, vgl. RG v. 14.6.1881 RGSt 4, 283; RG v. 6.10.1896 RGSt 29, 92.

schrift "insbesondere"¹⁾ bzw. "mindestens"²⁾ enthalten muß; zum Teil wird die Wiedergabe des "wesentlichen Verlaufs, Hergangs"³⁾ oder des "wesentlichen Inhalts der Verhandlungen"⁴⁾ als notwendiger Inhalt gekennzeichnet. "Wesentlich" sind danach bei der Verhandlungsniederschrift zumindest die Angaben des Schriftführers zu den Formalien (d.h. zur Beachtung und Durchführung der Verfahrensgrundsätze, des Verfahrensablaufs und der Beteiligung. z.B. Angaben zur Öffentlichkeit, rechtlichem Gehör, Ordnungsstrafen, Vertretung u.a.) und alle materiell und verfahrensrechtlich erheblichen Erklärungen der Beteiligten (z.B. Anträge und ihre Rücknahme; Anerkenntnis, Verzicht auf Einwendungen, Aussagen der Zeugen u.s.)⁵⁾. Der "wesentliche" Inhalt der Beratungsniederschrift umfaßt neben den Formalien stets den Gegenstand der Beratung, den Wortlaut der Beschlüsse und die Abstimmungs- bzw. Wahlergebnisse⁶⁾.

2. Soweit gesetzliche Regelungen fehlen, wird sich der erforderliche Erklärungsinhalt nach dem jeweiligen Zweck der Niederschrift ausrichten müssen⁷⁾.

Die Verhandlungsniederschrift muß insbesondere im förmlichen Verwaltungsverfahren wenigstens ein Formalienprotokoll sein.

1) So § 38 I badwürtt. GemO; § 19 II 1. VereinfG NW.

2) So § 40 I PersVertrG; § 33 I BetrVerfG.

3) So § 31 I berl. VwVerfG; § 15 VO für VerbBeschl Aussch. NW; § 12 a I FlurBG.

4) So badwürtt. GemO; § 61 I hess. GemO; § 49 nds. GemO; §§ 54 Anm. IV, 78 EVwVerfG 1963.

5) Vgl. die vom Gesetz selbst vorgenommene Erläuterung des Begriffs "wesentlich" in § 19 II 1. VereinfG NW; § 31 II berl. VwVerfG; § 54 IV E VwVerfG 1963; dazu Rump, § 19 Anm. 1; Steuer zu § 129 Anm. 2; Einzelbegründung zu E VwVerfG 1963, § 54.

6) Vgl. den Katalog in § 38 I badwürtt. GemO; Art. 54 I bay GemO; § 61 I hess. GemO; § 42 I rhpf. GemO; § 49 nds. GemO; § 78 E VwVerfG 1963; dazu Salzmann-Schunck Anm. zu § 42; Kunze-Schmid, § 38 Anm. I, 2; Helmreich-Widmann Art. 54, Ziff. 3; Hölzl-Rollwagen Art. 54 Ziff. 2.

7) Vgl. Rump, § 19 Anm. 1; Kunze-Schmid, § 38 Anm. I, 2.

Die in ihr beurkundeten Förmlichkeiten des Verfahrensablaufs sind über die allgemeine Beweiskraft des übrigen Inhalts hinaus mit erhöhter Beweiskraft ausgestattet. Diese verstärkte Beweiskraft soll den Beteiligten für das weitere Verfahren in der Rechtsmittelinstanz Beweisschwierigkeiten ersparen. Deshalb fordert es der Zweck dieser Niederschrift, daß in ihr wenigstens die Förmlichkeiten vollständig und zutreffend wiedergegeben werden¹⁾.

Die Beratungsniederschrift ist in der Regel Beschlußprotokoll. Sie hat wenigstens das Ergebnis der Beratung und die formalen Umstände des Zustandekommens zum Zweck des späteren Nachweises festzustellen.

c. Zu dem notwendigen Inhalt der Niederschrift zählt weiter die Unterschrift des Schriftführers.

1. Seine Unterschrift hat eine zweifache Funktion: sie sichert die Authentizität der Erklärung und sie schließt den rechtserheblichen Text der Urkunde ab²⁾. Die Unterzeichnung besagt also, daß der Unterzeichner die Erklärung als seine eigene anerkennt und für ihren gesamten Inhalt als von ihm abgegeben einsteht. Um nach außen kenntlich zu machen, auf welchen Text sich seine Urheberangabe bezieht, müssen Text und Unterschrift äußerlich fest (verkehrsüblich) miteinander verbunden sein. Diesem Erfordernis genügt der Namenszug, der räumlich unterhalb des Textes oder auch seitlich neben ihm steht, da er somit zugleich den Abschluß der Erklärung kennzeichnen kann³⁾.

- 1) Vgl. Geier in Löwe-Rosenberg, § 273 Anm. 2: "alle wesentlichen Akte der Verhandlung und alle Vorkommnisse, denen bzgl. der Gesetzmäßigkeit des Verfahrens irgendwelche Bedeutung zukommen kann."
- 2) Staudinger, § 126 Anm. IV, 1; RGRK § 126, 5; RG v. 26.10.1885, RGSt 13, 71 (73).
- 3) Enneccerus-Nipperdey, § 155 Anm. I, 2 b; Staudinger, § 126 Anm. IV, 2; Schlegelberger, § 177 Rdnr. 7; RG v. 13.10.1902, RGZ 52, 277 (280); RG v. 18.2.1904, RGZ 57 (67); RG v. 7.2.1925, RGZ 100, 166 (168).

2. Die Unterschrift des Schriftführers wird in fast allen Regelungen vorgesehen¹⁾. Auch, soweit eine ausdrückliche Bestimmung fehlt²⁾, ergibt sich ihre Notwendigkeit aus der Rechtsform der Niederschrift als persönliche Berichtsurkunde. Zwar zählt zu den wesentlichen Formerfordernissen einer öffentlichen Urkunde im allgemeinen nur die konkrete Angabe der ausstellenden Behörde oder der Amtsstellung des Beurkundenden in dem Schriftstück selbst. Dieses Erfordernis ergibt sich ohne weiteres aus der Begriffsbestimmung der öffentlichen Urkunde, wonach darzutun ist, daß die Urkunde von einer zur Ausstellung zuständigen öffentlichen Behörde angefertigt worden ist³⁾. Die Unterschrift des ausstellenden Beamten wird nicht gefordert⁴⁾, da sie für den Begriff der öffentlichen Urkunde nicht entscheidend ist. Sie stellt aber ein wesentliches Merkmal der Niederschrift dar⁵⁾. Die Niederschrift enthält, im Gegensatz zu dem "amtlichen" Inhalt anderer öffentlicher Urkunden, den höchstpersönlichen Bericht des Verfassers, den dieser ausschließlich selbst über seine eigenen Wahrnehmungen und Feststellungen anfertigt. Der Inhalt beruht auf persönlicher, nicht amtlicher Kenntnis. Er ist deshalb verbindlich, auch wenn er durch Mißverständnisse oder Hörfehler des Verfassers objektiv unrichtig und unvollständig ist und kann nicht von Amts wegen (ohne Mitwirkung des Berichterstatters) richtiggestellt werden. Mit seiner Unterschrift bestätigt der Verfasser seine persönliche Urheberschaft. Daß er regelmäßig amtliche Vorgänge in seiner amtlichen Funktion als Schriftführer berichtet, verleiht seinem

-
- 1) Sie ist auch bei dem formstrengen Protokoll im Prozeß und Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit wesentlicher Bestandteil (§ 163 ZPO, § 271 StPO, § 177 FGG).
 - 2) Z.B. § 13 III Gesetz über Volksbeg.; § 7 III WahlprüfG; § 9 III RichterwahlG; § 3 II 2. VO zum Güterkraftverkehrsg.
 - 3) Vgl. Jagusch in LK, Vorbem. § 267 Anm. 5 e; Schönschneider, § 271; RG v. 25.9.1924, RGSt 58, 280 (281); RG v. 5. 2. 1932, RGSt 66, 124 (125).
 - 4) RG v. 13. 1. 1927, RGSt 61, 161; RG v. 25. 10. 1912, RGSt 46, 297.
 - 5) So u.a. Molitor Anh. zu § 36 Anm. 5.

Bericht zwar die erhöhte Beweiswirkung einer öffentlichen Urkunde, beeinträchtigt jedoch nicht den Charakter eines persönlichen, schriftlichen Zeugnisses, dessen Authentizität durch die Unterschrift des Verfassers garantiert werden muß.

3. Während bei der Erklärungs-niederschrift nur die Unterschrift des aufnehmenden Beamten als alleiniger Schriftführer erforderlich ist, sieht das Gesetz bei der Beratungsniederschrift in der Regel auch die Unterschrift des Vorsitzenden des Beraterkollegiums vor¹⁾, bei der Verhandlungsniederschrift die Unterschrift des Verhandlungsleiters²⁾. In diesen Fällen kommt auch dem Vorsitzenden durch seine Unterschrift die Funktion eines Schriftführers zu³⁾. Seine Unterschrift ist dann aus den oben angeführten Gründen persönlicher Berichterstattung notwendiger Inhalt der Niederschrift. Fehlt bei einer solchen Niederschrift eine der beiden vorgeschriebenen Unterschriften, so ist sie nicht ordnungsgemäß.

d. Zum notwendigen Inhalt der Niederschrift zählen, soweit ausdrückliche verbindliche Regelungen im Einzelfall bestehen, weitere Unterschriften anderer Verfahrensbeteiligter. Für die Beratungsniederschrift sieht das Gesetz die Zeichnung weiterer Mitglieder des Beratergremiums⁴⁾, für die Verhand-

- 1) § 5 VII BWahlO; § 61 II WassVerbO; § 4 Ziff. 15, 1. VO z. SchulG NW; § 61 II hess. GemO; § 37 I nw. GemO; § 42 I rhpf. GemO; § 41 schlh. GemO; § 49 nds. GemO; § 46 IV saarl. KSG.
- 2) § 130 III FlurBG; § 110 II BBauG; § 27 II PaulBeschG; § 31 II berl. VwVerfG; § 19 I 1. VereinfG NW; auch §§ 54 IV, 78 EVwVerfG 1963.
- 3) Vgl. § 10 Ziff. I, 2 dieser Arbeit.
- 4) § 5 VII BWahlO (Beisitzer des Wahlausschusses); § 61 II 1. WassVerbO (Ausschussmitglied); § 6 III DVO zum JagdG NW (Mitglieder des Prüfungsausschusses); § 38 II badWürtt. GemO; § 61 II hess. GemO; § 37 I nw. GemO; § 46 IV saarl. KSG (1 - 2 Gemeinderatsmitglieder); § 49 nds. GemO (Gemeindedirektor).

lungsniederschrift zum Teil die Mitunterzeichnung durch die Parteien vor¹⁾.

Die Unterschrift dieser Personen hat lediglich genehmigende Funktion. Mit ihr gibt der Betreffende eine nachträgliche Zustimmungserklärung ab, die beinhaltet, daß er mit der Abfassung der Niederschrift in der ihm vorgelegten Form einverstanden ist²⁾. Die Unterschrift dieser Person ist rechtlich "Zustimmung", die des Schriftführers dagegen ist "Bestätigung", da sich die erstere auf fremde, die letztere auf eigene Erklärungen bezieht³⁾.

Eine allgemeine Zustimmungspflicht der Verfahrensbeteiligten zu jeder Niederschrift besteht nicht. Allerdings ist es dem Schriftführer im Einzelfall überlassen, den Beteiligten ihre Angaben vorzulesen und sie von ihnen durch Unterschrift "genehmigen" zu lassen. Die Zustimmung kann auch ohne eine bestehende Unterschriftspflicht gesetzliches Erfordernis der Niederschrift sein⁴⁾.

II. Der tatsächliche Inhalt umfaßt die notwendigen Angaben und darüber hinaus weitere Feststellungen, deren Aufnahme in die Niederschrift im Einzelfall sinnvoll oder wünschenswert erscheint. Der Umfang dieser Erklärungen ergibt sich aus praktischen Erwägungen, wobei die tatsächliche Verwendbarkeit und die Herstellungskosten berücksichtigt werden müssen⁵⁾.

1) § 110 II BBauG; § 27 II BaulBeschG; § 37 I LandbeschG (Beteiligte); § 35 I JagdG NW (alle Beteiligten und Vertreter der Gemeinde); § 115 I WassG NW (Entschädigungsberechtigter und -verpflichteter).

2) Hölzl-Rollwagen Art. 54 Anm. 5; Kunze-Schmid, § 38 Anm. II, 2; Salzmann-Schunck, § 37 Anm. 3.

3) Staudinger § 182 Anm. 2; RGRK § 182 Anm. 3.

4) So z.B. § 130 FlurBG; vgl. die "Genehmigung" durch den Tat gemäß § 49 nds. GemO; § 46 V saarl. KSG.

5) Laux S. 27; Odenbreit S. 337; KPBl. 1954 S. 569 (o. Verf.).

Wörtliche Niederschriften sollten nur dort angefertigt werden, wo die Sitzung Dokumentationswert für die Zukunft besitzt. Bei der nur sinngemäß zusammenfassenden Wiedergabe ist jedoch die Gefahr einer sinnentstellenden Darstellung zu beachten.

III. Zum Inhalt der Niederschrift zählen auch die in einer Anlage enthaltenen Angaben.

Anlage ist die einer Niederschrift beigelegte und in ihr als solche bezeichnete Schrift¹⁾. Sie bildet einen Teil der Niederschrift, mit der Folge gleicher Beweiskraft²⁾. Anlage kann aber nur ein Schriftstück sein. Karten, Pläne, Photos und andere Unterlagen sind keine "Schrift" und nehmen auch als sog. Anlagen nicht an der Beweiskraft der Niederschrift teil. Weiter muß auch in der Niederschrift Bezug auf die beigelegte Anlage genommen sein. Fehlt dieses Erfordernis, so tritt für die betroffenen Schriftstücke ebenfalls keine Beweiskraft entsprechend der Niederschrift ein.

Häufig beigelegte Schriftstücke sind die Anwesenheitsliste und die Tagesordnung. Erstere ist stets Anlage³⁾, also Bestandteil der Niederschrift, deren Feststellungsinhalt durch sie auch dann beweiskräftig niedergelegt wird, wenn eine ausdrückliche Bezugnahme fehlt. Die Tagesordnung, deren Angaben zum Erklärungsinhalt der Niederschrift gehören, ist jedoch

1) Vgl. § 160 Anm. III ZPO.

2) Schlegelberger, § 176, Rdrr. 16; Keidel, § 176, Rdrr. 15; Steuer, § 129 Anm. 3.

3) Fitting pp § 40 Anm. 6; Havers-Wenzel, § 38 Anm. 6; s.A. wohl Molitor, Anh. zu § 36 Anm. 8, der die Anwesenheitsliste nur zum Anhang (also nicht zum Inhalt der Niederschrift) rechnet.

nur dann Anlage, wenn und soweit auf sie ausdrücklich als solche Bezug genommen wird.

Zusammenfassend ist festzustellen:

Die ordnungsgemäße Niederschrift enthält neben den Feststellungsangaben berichtende Angaben zu dem Ereignis, soweit das Gesetz oder der jeweilige Zweck es erfordern.

Darüber hinaus kann jeder weitere Umstand in die Niederschrift aufgenommen oder in einer Schrift als Anlage beigefügt werden.

§ 10 Beteiligte an der Niederschrift

Als Beteiligter kann jede Person bezeichnet werden, die auf die Gestaltung oder den Inhalt der Niederschrift Einfluß besitzt. Darunter fällt sowohl derjenige, der die Niederschrift verfaßt, wie derjenige, der sie genehmigen bzw. kontrollieren muß, wie auch derjenige, der lediglich das Recht hat, die Aufnahme bestimmter, eigener Äußerungen in die Niederschrift zu verlangen. Von besonderer Bedeutung für die Ordnungsmäßigkeit der Niederschrift ist jedoch der Personenkreis, der an der Entstehung der Niederschrift verantwortlich mitwirkt. Hier sind zu trennen der Schriftführer und die sog. Zustimmungsperson.

I. Die Person des Schriftführers, seine Rechte, seine Pflichten und seine Verwendung im konkreten Fall sind im folgenden näher zu bestimmen.

a. Das Gesetz verwendet den Begriff "Schriftführer", ohne ihn näher zu definieren. Es bestimmt lediglich, daß "ein

Schriftführer bestellt wird"¹⁾ oder daß "die Verhandlung von einem Schriftführer aufzunehmen und zu unterzeichnen ist"²⁾. Schriftführer ist der Verfasser der Niederschrift. Das ist derjenige, der ein persönliches Zeugnis über die von ihm sinnlich wahrgenommenen Vorgänge und selbstgetroffenen Feststellungen in der Niederschrift abgibt. Die Funktion des Schriftführers als persönlicher Berichterstatter erfordert dabei einen gewissen Bereich persönlicher Freiheit und Verantwortung, der auch durch die Mitwirkung weiterer Urkundspersonen nicht völlig beseitigt werden darf³⁾. Schriftführer ist also stets, wer zwar nicht allein, aber eigenverantwortlich den Inhalt und Umfang der Niederschrift bestimmt und für ihre Vollständigkeit und Richtigkeit einsteht.

Abzugrenzen ist er vom Hersteller der Niederschrift. Zwar setzt der Schriftführer auch regelmäßig den Text selbst auf das Papier. Das ist jedoch kein notwendiges Funktionsmerkmal. Das Niederschreiben ist eine rein mechanische Tätigkeit und kann als "Herstellung" gekennzeichnet werden⁴⁾. Hergestellt werden kann die Niederschrift aber von jeder beliebigen Person, also auch von jemandem, der die berichteten Tatsachen nicht aus eigenem Erleben wiedergeben kann (z.B. die Schreibkraft nach Diktat). Die Herstellung darf der eigentlichen Aufnahme auch vorangehen. Das ist der Fall, wenn der Schriftführer einen von einer anderen Person (z.B. einem zur Ausbildung überwiesenen Referendar) hergestellten Protokollentwurf verwertet. Er ist Schriftführer nur dann, wenn er den Entwurf prüft, seinen Text als eigene Erklärung über-

1) Z.B. § 5 IV BWahlO; § 31 I berl. VwVerfG; § 42 I rhpf. GemO; § 46 II saarl. KSG.

2) Z.B. § 69 I BWahlO; § 78 FischG NW; § 38 II badWürtt. GemO; auch § 54 IV EVwVerfG 1963.

3) Allg. Meinung, vgl. Müller-Sax, § 271 Anm. 2; Geier in Löwe-Rosenberg, § 271 Anm. 2 a; Dünnebier G 8; Stein-Jonas, § 163 Anm. I, 1; Wieczorek, § 163 Anm. A II; Kunze-Schmid, § 38 Anm. II, 2; Helmreich-Widmann Art. 54 Ziff. 2.

4) Zum Begriff: Schlegelberger, § 175 Anm. 2; Wieczorek, § 162 Anm. A.

nimmt und durch seine Unterschrift mit eigener Verantwortung deckt¹⁾.

b. Es ist zu fragen, welcher Person bei den verschiedenen Arten der Niederschrift die Eigenschaft eines Schriftführers zukommt und welchen Gestaltungsbereich diese Person besitzt.

1. Bei der Erklärungs-niederschrift ist der aufnehmende Beamte völlig selbständiger, alleiniger Schriftführer. Er hat darauf hinzuwirken, daß der Erschienene sich sachgemäß und vollständig erklärt, und seine Erklärungen so aufzunehmen, daß sie durch zweckentsprechende Wiedergabe für das Verfahren verwendbar werden. Aus seiner Beratungspflicht ergibt sich die Befugnis, den Umfang des Textes und seine Formulierung selbständig zu bestimmen. Der Erklärende kann nicht verlangen, daß seine Äußerungen insgesamt wörtlich in die Niederschrift aufgenommen werden, obwohl dies im Einzelfall empfehlenswert sein kann²⁾. Er hat nur einen Anspruch auf ihre sach- und sinngemäße Wiedergabe³⁾.

2. Bei der Verhandlungs-niederschrift sieht das Gesetz vor, daß nur der Verhandlungsleiter die Niederschrift unterschreiben muß und eine weitere Person als Schriftführer entbehrlich ist⁴⁾. Gleiche Bestimmungen finden sich für die Beratungsniederschrift⁵⁾. Hier fällt der Schriftführer nicht et-

1) Bei der Aufnahme der Erklärungs-niederschrift hat der Schriftführer nur die sachdienlichen und verfahrenserheblichen Erklärungen niederzulegen. Der Schriftführer ist deshalb kein Verfasser, wenn er einer privatschriftlich vorbereiteten Eingabe durch Hinzufügen seiner Feststellungserklärungen und seiner Unterschrift den äußeren Anschein einer "von ihm aufgenommenen" Erklärung gibt; vgl. dazu Schlegelberger, § 11 Rdnr. 18.

2) Schlegelberger, § 11 Rdnr. 18.

3) Wolff III, § 156 V a 3; Unklarheiten gehen zu Lasten der Behörden.

4) Z.B. § 130 III FlurBG; § 54 IV EVwVerfG 1963; vgl. § 163 III ZPO; der Vorsitzende kann von der Zuziehung eines Protokollführers bei der mündlichen Verhandlung absehen.

5) Z.B. § 61 III, 1 WassVerbO; § 78 EVwVerfG 1963.

wa ersatzlos weg, sondern er wird durch den Verhandlungsleiter bzw. den Vorsitzenden des Beratergremiums ersetzt. Dieser ist zugleich Schriftführer¹⁾. Für den Umfang seiner Tätigkeit gilt das sog. Prinzip der extremen Selbstbeurkundung. In seiner Doppelfunktion als Vorsitzender und Schriftführer bestimmt er Umfang und Inhalt der Niederschrift in alleiniger Verantwortung. Er muß sie deshalb in der Verhandlung selbst verfassen²⁾. Das schließt nicht aus, daß er sich zur tatsächlichen Anfertigung der Hilfe anderer Personen (z.B. Beisitzer, Parteien) bedienen kann. Diese sind aber auch dann nur Hilfspersonen bei der Herstellung, wenn sie die Vorgänge nicht nach Diktat, sondern selbständig nieder schreiben, aber nicht selbst unterschreiben³⁾.

3. Im Regelfall wird bei einer mündlichen Verhandlung oder Sitzung aufgrund verbindlicher Vorschrift oder ausdrücklicher Anordnung des Vorsitzenden ein Schriftführer tätig, der neben dem Vorsitzenden die Niederschrift unterschreibt⁴⁾. Dann gilt das sog. Prinzip der beschränkten Selbstbeurkundung. Das besagt: der Schriftführer ist hier zwar auch selbständiger, aber nicht alleiniger Verfasser der Niederschrift⁵⁾. Seine Befugnis, ausschließlich über Inhalt und Umfang zu bestimmen, wird durch die Mitwirkung und Mitverantwortung der zweiten Urkundsperson beschränkt. Zweite Ur-

1) Baumbach-Lauterbach, § 163 Anm. 2; Wieczorek, § 163 Anm. B I; Schrödter, § 109 Rdnr. 3.

2) Stein-Jonas, § 163 Anm. II; Wieczorek, § 163 Anm. B I.

3) Mit ihrer Unterschrift würde die Hilfsperson nicht nur Hersteller, sondern selbst Mitverfasser der Niederschrift sein; a.A. Steuer, § 130 Anm. 3; Seehusen pp, § 130 Anm. 3.

4) Schrödter, § 109 Rdnr. 3 und Dittus, § 23 Anm. 6 halten den Schriftführer aus tatsächlichen Gründen für erforderlich, da der Vorsitzende neben der Verhandlungsleitung nicht noch mit der Anfertigung einer Niederschrift belastet werden sollte, vgl. auch Kunze-Schmid, § 38 Anm. II, 1; Odenbreit S. 310.

5) Vgl. Geier in Löwe-Rosenberg, § 271, Anm. 2 a; Müller-Sax, 9 271 Anm. 2; Stein-Jonas, § 159 Anm. III, 2.

kundsperson ist der Vorsitzende. Er legt ebenfalls selbständig und eigenverantwortlich seine Feststellungen und Wahrnehmungen in dem Protokoll nieder. Er bedient sich dazu jedoch der Schreibhilfe des zugezogenen Schriftführers. Deshalb muß er die Befugnis besitzen, diesem verbindliche Anweisungen zu erteilen. Diese Weisungsbefugnis folgt aus seiner Funktion als mitverantwortlicher Schriftführer, nicht aus seiner Stellung als Verhandlungsleiter¹⁾. Sie erstreckt sich auf alle ihm wichtig erscheinenden Verfahrensvorgänge und Parteierklärungen. Anordnungen dieser Art hat der Schriftführer zu befolgen, auch wenn sie sich auf die Wiedergabe von Vorgängen beziehen, die er nicht für wesentlich hält²⁾.

Diese Weisungsbefugnis des Vorsitzenden findet jedoch ihre Grenze an der eigenständigen Beurkundungsfunktion des Schriftführers. Dieser ist deshalb nicht verpflichtet, Vorgänge zu protokollieren, die nicht stattgefunden haben oder die er abweichend von der Weisung des Vorsitzenden anders verstanden oder beobachtet hat. Der Vorsitzende kann dem Schriftführer auch nicht verbieten, eigene Wahrnehmungen in die Niederschrift aufzunehmen, die er für richtig und wesentlich hält. Seine Stellung als (mit)verantwortlicher Schriftführer garantiert ihm die Freiheit, seine Ansicht über das Geschehen unbeeinflußt in der Niederschrift zum Ausdruck zu bringen³⁾. Der Schriftführer erfüllt also bei der Anfertigung der Niederschrift zwei Funktionen. Er ist Verfasser hinsichtlich seiner eigenen Erklärungen, für die er durch seine Unterschrift die Verantwortung übernimmt. Zugleich ist er Hersteller hinsichtlich der Bekundungen des Vorsitzenden. Dieser weist den Schriftführer teils zur Aufnahme eigener Erklärungen an, teils übernimmt er dessen Äußerungen als eigene und

1) OLG Köln v. 15.3.1955, NJW 1955, 843.

2) Deshalb ist es auch zulässig, daß weite Teile der Niederschrift von dem Vorsitzenden diktiert werden, vgl. Wieczorek, § 159 Anm. B II; Stein-Jonas, § 159 Anm. III, 2; Müller-Sax, § 271 Anm. 2.

3) Dünnebier, G 9; Müller-Sax, § 271 Anm. 2 a; Wieczorek, § 163 Anm. A II.

bestätigt die Verantwortlich durch seine Unterschrift. Die Niederschrift selbst ist damit das gemeinschaftliche und übereinstimmende Zeugnis zweier Urkundsbeamten über ein bestimmtes Geschehen¹⁾.

2. Die Aufgaben des Schriftführers im Prozeß werden durch die Prozeßgesetze den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zugewiesen²⁾. Er ist ein selbständiges und unabhängiges Rechtspflegeorgan - also nicht bloß ein Gehilfe des Richters -, dessen Aufgabenzirkel neben Beurkundungen aller Art auch die Verwaltung des Schriftgutes umfaßt³⁾. Seine Funktion wird regelmäßig von einem Beamten des mittleren oder gehobenen Dienstes wahrgenommen⁴⁾.

Im Bereich der öffentlichen Verwaltung ist nicht einheitlich festgelegt, wer im konkreten Fall die Funktion des Schriftführers ausführt und wer ihn damit betraut.

1. Bei einer monokratisch (bürokratisch) organisierten Behörde ist regelmäßig der mit dem Amt des Schriftführers betraute Beamte zur Aufnahme der Niederschrift zuständig⁵⁾. Seine

-
- 1) Lönnecker, § 9 spricht von einem Zwillingenotarist; unklar ist OLG Köln v. 15.3.1955, NZW 1955, 243, wonach der Vorsitzende den Inhalt der Niederschrift bestimmt. Die beiden Urkundspersonen sind einander neben- nicht untergeordnet.
 - 2) § 159 II Ziff. 2 ZPO; § 271 I StPO; § 105 I VwGO
 - 3) Rosenberg, § 25 Anm. III, 2; Schönke-Schröder-Niese, S. 105.
 - 4) Lönnecker, § 11. Das Amt des Gerichtsschreibers (actuaris) wurde als ständiges zuerst 1235 beim kaiserlichen Hofgericht eingesetzt und stellte im gemeinen Recht an seinen Inhaber dieselben Anforderungen wie das Richteramt. Der Schreiber war selbständige Kontrollperson des Richters (Schröder-v. Künßberg S. 178; Döring S. 179). Später hat der actarius nur noch die Aufgabe, "das, was der Richter decidiret, ad acta oder ad protocollum zu bringen"; er ist nicht berechtigt, "selber decisa zu geben" (Schwartzberg, § 3).
 - 5) Die Zivilperson hat jedoch keinen Anspruch auf Vorbringen ihres Anliegens bei einem bestimmten Amtswalter, Wolff III, § 156 V a 2.

Aufgabe wird durch den Geschäftsverteilungsplan festgelegt¹⁾; im Einzelfall kann der leitende Organwalter (Behördenchef) aber auch einen bestimmten Beamten mit der Anfertigung beauftragen, also eine spezielle amtliche Weisung erteilen²⁾. Es versteht sich dabei von selbst, daß er nur die von ihm weisungsabhängigen Organwalter beauftragen kann.

2. Bei einem Kollegialorgan wird die Niederschrift regelmäßig von einem Schriftführer angefertigt, der dem Kollegium nicht anzugehören braucht³⁾. Das gilt auch für alle selbständigen und unselbständigen Ausschüsse, die materielle Verwaltungsaufgaben wahrnehmen. Die Anfertigung der Niederschrift ist nämlich eine Tätigkeit, die nicht den sachlichen Entscheidungsbereich des Kollegialorgans, sondern die äußere Abwicklung und technische Durchführung der Verhandlung oder Beratung betrifft. Dazu gehören die Erledigung von Schreibarbeiten aller Art, Anlegung und Behandlung von Akten, Ausfertigungen, Bestellung des Schriftführers und anderer Hilfspersonen, kurz alle Geschäfte, die zur Funktionstüchtigkeit des Kollegialorgans persönlich oder sachlich erforderlich sind⁴⁾. Die Wahrnehmung und Durchführung dieser Geschäfte obliegt zwar dem Vorsitzenden aufgrund seines Organisationsrechtes, wird aber zumeist von dem Verwaltungsträger besorgt, von dem oder bei dem das Kollegialorgan gebildet worden ist⁵⁾. Das ist auch aus Gründen der Kostenersparnis und Vereinfachung üblich⁶⁾. Der Schriftführer ist deshalb regel-

1) Dittus, § 23 Anm. 7; Wolff II, § 76 Anm. III a 3.

2) Wolff II, § 75 Anm. II b 1.

3) Vgl. Wolff II, § 75 Anm. III d 4.

4) Vgl. Heitzer-Oestreicher, § 137 Anm. b; Schütz-Frohberg, § 137 Anm. 1; Hülsebusch, § 7 Anm. V; vgl. auch § 7 Ziff. 12 VwVorschr. zu 1. VereinfG NW.

5) So werden z.B. gemäß § 7 III 1. VereinfG NW, §§ 7, 8 nds. BVerfVO die Verwaltungsgeschäfte der Beschlüssausschüsse von dem "Hauptverwaltungsbeamten", d.h. dem Gemeindedirektor (NW, NDS) bzw. Bürgermeister (SchlH) geführt. Für selbständige Ausschüsse sieht das Gesetz z.T. auch sog. "Geschäftsstellen" bei der einrichtenden Körperschaft vor, § 137 II BBauG.

6) Heitzer-Oestreicher, § 137 Anm. b.

mäßig ein Beamter oder Angestellter, der von dem zuständigen Leiter des Kanzleiorgans der einrichtenden Körperschaft bestellt wird. Der Vorsitzende wirkt bei der Benennung des Schriftführers nicht mit¹⁾. Dieser ist in seiner Eigenschaft als Urkundsbeamter selbständig, aber an zulässige Weisungen des Vorsitzenden gebunden. Er untersteht daneben der Dienstgewalt seines Dienstvorgesetzten²⁾.

3. Die Gemeindeordnungen enthalten, bis auf eine Ausnahme, keine Bestimmung darüber, wer wen zum Schriftführer bestellen kann³⁾. Die von der 1. VwVO § 37 Ziff. 1 nw. GemO aus dem Schweigen des Gesetzes gezogene Folgerung, der Gemeindevorstand bestimme "daher" den Schriftführer, ist aber nicht zwingend. Die Bestellung des Schriftführers gehört ebenso wie andere Fragen der Verhandlungsvorbereitung und -durchführung zu den Verwaltungsgeschäften des Rates. Die Art und Weise ihrer Erledigung kann er selbst gestalten. Es muß ihm deshalb ohne weiteres das Recht zustehen, die Bestimmung des Schriftführers selbst vorzunehmen⁴⁾. Das geschieht regelmäßig in der Geschäftsordnung oder im Bedarfsfall durch Einzelbeschuß⁵⁾. Für einen wesentlichen Teil der Verwaltungsaufgaben des Rates hat jedoch das Gesetz vorgesehen, daß sie nicht von dem Rat selbst, sondern durch den Hauptgemeindevorstand wahrgenommen werden. So ist er u.a. verpflichtet, die Ratsbeschlüsse vorzubereiten und auszuführen⁶⁾. Seine Vorbereitungspflicht erstreckt sich auch darauf, für den allgemeinen verwaltungstechnischen Ablauf bei dem Zustandekom-

1) Hülsebusch, § 19 Anm. 1.

2) Dem. Gem. 1962, 500 (o. Verf.).

3) § 42 I rhpf. GemO: "... und einen von dem Vorsitzenden bestellten Schriftführer..."

4) Im Ergebnis so auch Kottenberg, § 37 Anm. I; Odenbreit S. 311; Benner S. 92. Dem. Gem. 1962, 500 (o. Verf.) verweist insbesondere auf das Recht der Selbstgestaltung, das jedem parlamentarischen Kollegium zustehe.

5) Kottenberg, § 37 Anm. I; es sind auch allgemeine Richtlinien des Rates für die Tätigkeit der Ratsausschüsse zulässig, die die Bestellung des Schriftführers regeln können.

6) Vgl. auch § 47 I nw. GemO.

men der Beschlüsse zu sorgen. Deshalb ist der Hauptgemeindevbeamte aufgrund dieses Organisationsrechts (Geschäftsleitungsbefugnis)¹⁾ stets dann, wenn der Rat keine Regelungen getroffen hat, zur Benennung des Schriftführers bei Rats- und Ausschusssitzungen zuständig²⁾.

Der Gemeindedirektor kann im Rahmen seiner Geschäftsverteilungsbefugnis einen ihm unterstellten Beamten oder Angestellten der Gemeindeverwaltung zum Schriftführer bestimmen. Ein Ratsmitglied kann er nicht beauftragen; ebensowenig eine nicht der Verwaltung zugehörige Person (Besucher), da sich seine dienstliche Befugnis, Verwaltungsaufgaben zuzuweisen, nicht auf diesen Personenkreis erstreckt. Dem Rat muß aber das Recht zugestanden werden, den vorgesehenen Schriftführer abzulehnen, denn er kann von seiner Befugnis, den Schriftführer selbst zu bestimmen, jederzeit und auch im Einzelfall gegen den Hauptgemeindevbeamten Gebrauch machen³⁾.

Der Rat kann einen Ratsherrn beauftragen⁴⁾, sollte dies jedoch tunlichst vermeiden, da das protokollführende Mitglied in seiner Beratungstätigkeit erheblich eingeschränkt wird. Er kann auch den Gemeindedirektor⁵⁾, nicht aber einen bestimmten Verwaltungsbeamten dazu vorsehen, da die Zuweisung der Dienstgeschäfte an die Beamten und Angestellten der Verwaltung ausschließlich dem Gemeindedirektor in seiner Eigenschaft als Vorgesetztem obliegt⁶⁾.

1) Z.B. § 93 I nw. GemO; Art. 46 I, 1 bay. GemO; § 44 I badwürtt. GemO.

2) Kunze-Schmid, § 38 Anm. II, 1. Die Berechtigung ergibt sich nicht aus der Geschäftsverteilungsbefugnis (so Odenbreit, S. 311; Hölz-Rollwagen Art. 54 An. 1), da diese nur das Recht zur Verteilung der Geschäfte, nicht aber die Zuständigkeit zu ihrer Wahrnehmung beinhaltet.

3) Vgl. Dem. Gem. 1962, 500 (o. Verf.).

4) Das ist in kleineren, z.B. amtsangehörigen Gemeinden die Regel; vgl. Odenbreit S. 311; Lüersen Erl. zu § 49.

5) Nach § 50 rev. DGemO war der Hauptgemeindevbeamte "Ratschreiber". Diese Vorstellung findet sich z. T. weiter in Geschäftsordnungen; vgl. die Beispiele bei Benner S. 92, Anm. 7.

6) Kottenberg, § 53 Anm. I, II.

4. Schließlich kann ein Bürger der Gemeinde zum ehrenamtlichen Schriftführer bestellt sein¹⁾. Es ist dabei zwischen ehrenamtlicher Mitarbeit und der Wahrnehmung eines Ehrenamtes zu unterscheiden²⁾. Die ehrenamtliche Mitarbeit beinhaltet nur eine vorübergehende Tätigkeit (z.B. Wahlhelfer); das Ehrenamt umfaßt einen bestimmt umgrenzten Kreis von Gemeindeverwaltungsgeschäften, die für eine längere Zeit regelmäßig wahrgenommen werden³⁾. Der zum Schriftführer bestellte Bürger soll in der Regel ein Ehrenamt ausfüllen, d.h. als sog. "Ratsschreiber" insbesondere in kleineren (amtsangehörigen) Gemeinden die Anfertigung der Niederschriften, andere Beurkundungen, oft auch den weiteren Schrift- und Aktenverkehr selbständig betreuen. Seine Mitwirkung an der Entstehung einer öffentlichen Urkunde, seine weitreichende Einsicht und Kenntnis von verwaltungsinternen Beratungs- und Entscheidungsvorgängen (insbesondere bei nichtöffentlichen Sitzungen) machen es regelmäßig erforderlich, daß dieser Ratsschreiber zum Ehrenbeamten ernannt wird⁴⁾. Diese Ernennung wird durch den Rat unter Aushändigung einer entsprechenden Ernennungsurkunde vorgenommen⁵⁾. Damit wird ein öffentlich rechtliches Dienst- und Treueverhältnis begründet, das nach den zuständigen Landesbeamtengesetzen zu beurteilen ist. Der ehrenamtliche Schriftführer untersteht der Dienst- und Disziplingewalt des Gemeindedirektors, ist aber im Rahmen seiner Tätigkeit nur an zulässige Weisungen des Rats- oder Ausschußvorsitzenden gebunden⁶⁾.

1) Kunze-Schmid, § 38 Anm. II, 1; Helmreich-Widmann, Art. 54 Ziff. 2.

2) Vgl. § 20 nw. GemO; § 15 I badwürtt. GemO.

3) Kottenberg, § 20 Anm. I; OVG Mstr. v. 16.12.1959; Kottenberg-Steffens Nr. 1 zu § 21 GemO; OVG Mstr. v. 25.8.1954; Kottenberg-Steffens Nr. 2 zu § 24 GemO.

4) Vgl. Kunze-Schmid, § 15 Anm. I, besonders für Ratsschreiber mit der Beurkundungsbefugnis gem. Art. 32 württ. AGBGB.

5) Der sog. "Stadtschreiber" (actuarius, secretarius) wurde in der mittelalterlichen Stadt durch den Rat stets als städtischer Beamter eingesetzt. Er war in erster Linie zur Aufnahme des Protokolls in den Ratsversammlungen bestimmt, pflegte aber daneben als Gerichtsschreiber zu dienen; vgl. Schröder-v. Künßberg, S. 697; Schwartzberg, § 2.

6) Kunze-Schmid, § 15 Anm. I.

d. An die einzelne Person des Schriftführers sind bestimmte fachliche und menschliche Anforderungen zu stellen.

Der Schriftführer muß ausreichende Sachkunde besitzen und mit den Formalien einer Verhandlung oder Beratung vertraut sein. Eine brauchbare Berichterstattung kann von ihm nur erwartet werden, wenn er die wesentlichen Vorgänge versteht und von den Nebensächlichkeiten zu trennen vermag. Er muß außerdem über sprachliche Gewandtheit und eine flüssige Ausdrucksweise verfügen¹⁾. In der Praxis wird die Niederschrift regelmäßig von dem Fachbeamten (des gehobenen Dienstes) geführt, der den Aktenvorgang bearbeitet und die Niederschrift vorbereitet hat.

Der Schriftführer ist für seine Niederschrift verantwortlich. Er muß deshalb ein gewissenhafter, zuverlässiger und vertrauenswürdiger Beamter sein. Schon Schwartzberg²⁾ fordert für den Ratsschreiber, "daß er sei ein Mann, dessen Ehre und Name untadelhaft, der Rechte und des Prozesses erfahren und endlich ein Mann, auf dessen Worte und Schriften man trauen kann, desgleichen auch verschwiegen Mund hat".

II. Neben dem Schriftführer ist in vielen Fällen die sog. Zustimmungsperson notwendiger Beteiligter am Entstehungsvorgang der Niederschrift.

a. Als Zustimmungsperson wird derjenige Beteiligte bezeichnet, dessen Mitwirkung für den Eintritt der vollen Beweiskraft der Urkunde erforderlich ist. Die Mitwirkung erstreckt sich regelmäßig darauf, die noch nicht fertiggestellte Niederschrift³⁾ zu kontrollieren und mit zu unterzeichnen.

1) Mutzke-Schlemp, § 61 Anm. IV.

2) In § 5 seiner Abhandlung.

3) Siehe § 11 Ziff. I dieser Arbeit.

Mit der Unterschriftspflicht sind jedoch keine Schriftführerfunktionen verbunden. Die Zustimmungsperson kann deshalb dem Schriftführer keinerlei Anweisungen zum Inhalt oder zu dessen Korrektur erteilen. Ihre Mitwirkung beschränkt sich auf die Bestätigung oder Beanstandung der richtigen und vollständigen Wiedergabe des aufgezeichneten Geschehens¹⁾.

b. Bei der Beratungsniederschrift sieht das Gesetz im Regelfall ein oder mehrere Mitglieder des Beratergremiums als Zustimmungsperson vor²⁾. Diese überprüft die Aufzeichnungen stellvertretend für das Kollegium. Die Zustimmung wird durch Unterschrift bestätigt. Hat die Zustimmungsperson berechnigte Einwendungen, d.h. solche, die sich auf die Vollständigkeit oder Richtigkeit der Wiedergabe des Ereignisses beziehen, so kann sie ihre Unterschrift verweigern³⁾. Damit erreicht sie, daß nunmehr das Beratergremium über die Erheblichkeit der Einwendungen und über die endgültige Fassung der Niederschrift entscheidet⁴⁾. Die Mitglieder nehmen dann insgesamt die Zustimmungsfunktion wahr.

In Wahl- und Prüfungsverfahren sind vom Gesetz ohnehin nicht einzelne, sondern in der Regel alle Mitglieder des Ausschusses zu Zustimmungspersonen bestimmt, da sie alle vor Fertigstellung der Niederschrift zur Unterschrift verpflichtet sind⁵⁾. Anders liegt der Fall der nachträglichen Genehmigung durch das ganze Kollegium, die in der darauffolgenden Sitzung über die bereits fertiggestellte Niederschrift erfolgt. Diese ist besonders im Gemeinderat üblich. Das Kollegium nimmt dann aber keine Zustimmungsfunktion wahr, durch

1) Kunze-Schmid, § 38 Anm. II, 2; Lüersen, § 49 Anm. 5.

2) § 37 I nw. GemO; § 41 schlholst. GemO (ein Ratsmitglied); § 61 II hess. GemO; § 42 I rhpf. GemO (zwei Ratsmitglieder); § 61 II 1. WassVerbO (ein Ausschußmitglied).

3) Die Beanstandung unzureichender Wiedergabe oder die Ablehnung des Inhalts aus persönlichen Gründen berechnigen nicht zur Unterschriftsverweigerung, KPBl 1952, 225 (o. Verf.).

4) Mutzke-Schlemp, § 61 Anm. V; Lüersen, § 49 Anm. 5.

5) § 5 VII BWahlO (Wahlausschuß); § 6 III DVO zum JagdG NW (Prüfungsausschuß).

die die Beweiskraft begründet wird, sondern eine zusätzliche Kontrollfunktion, die lediglich beweiserhöhenden Charakter besitzt. Für eine solche Kontrolle besteht, wenn die Niederschrift bereits von einem oder mehreren Mitgliedern des Gremiums unterschrieben ist, kein Bedürfnis¹⁾. Die nw. GemO²⁾ hat deshalb, konsequenter als andere Gemeindeordnungen³⁾ von einer weiteren ausdrücklichen Genehmigung durch den Rat abgesehen.

Bei der Verhandlungsniederschrift sind z. T. die Verhandlungsbeteiligten zugleich Zustimmungspersonen⁴⁾. Sie sind dann in der Regel nicht zur Unterschrift, aber zur Zustimmungserklärung verpflichtet, die beweisbegründende Wirkung besitzt. Über berechnigte Einwendungen entscheidet hier der Vorsitzende, ggf. in Übereinstimmung mit dem zugezogenen Schriftführer. Bei unbegründeter Weigerung gilt die Genehmigung jedoch als erteilt⁵⁾.

III. Als Beteiligte können schließlich diejenigen Personen bezeichnet werden, die im konkreten Fall auf den Inhalt der Niederschrift einwirken. Das sind in aller Regel die Verhandlungs- oder Beratungsbeteiligten, die in gesetzlich vorgesehenen Fällen ihr Recht zur Kontrolle der Wiedergabe eigener Erklärungen ausüben⁶⁾, oder die Aufnahme eigener Erklä-

1) Vgl. KPBl 1961, 685 (o. Verf.); Melchers, KPBl 1957, 891.

2) § 37, ebenso § 41 schlholst. GemO.

3) Art. 54 II bay. GemO; § 49 II nds. GemO.

4) § 130 I FlurBG; vgl. § 162 ZPO.

5) Vgl. § 130 II FlurBG; anders im Enteignungsverfahren, wo auch bei unbegründeter Weigerung, die Einigungsniederschrift zu unterzeichnen, keine Einigung zustande kommt; vgl. Heitzer-Oestreicher, § 110, Anm. 2.

6) Dem Recht zur Kontrolle dient die Verlesung bzw. Offenlegung der Niederschrift, z.B. § 38 II badWürtt. GemO; § 61 III hess. GemO; § 42 II rhpf. GemO.

rungen in die Niederschrift verlangen¹⁾. Sie gestalten inso-
weit den betroffenen Teil der Beurkundungen mit und garan-
tieren seine zuverlässige Wiedergabe. Ihre Mitwirkung hat
deshalb beweisstärkende Wirkung.

Zusammenfassend ist festzustellen:

Beteiligter an der Niederschrift ist jede Person, die an der
Gestaltung oder dem Inhalt der Urkunde ein Mitwirkungsrecht
bzw. eine Mitwirkungspflicht besitzt. Eine Verletzung dieser
Rechtsposition beeinträchtigt die Ordnungsmäßigkeit der Nie-
derschrift. Die Mitwirkung mehrerer Beteiligter dient der
gegenseitigen Kontrolle und soll damit eine möglichst wahr-
heitsgetreue Wiedergabe der Geschehnisse sicherstellen.

1) Ein Anspruch darauf besteht nur in gesetzlich bestimm-
ten Fällen, so für rechtserhebliche Einwendungen im
Verwaltungsverfahren; § 34 II LBeschG; § 130 I FlurBG;
§ 163 I, 1. WassVerbO - und für abweichende Stellung-
nahme oder Abstimmung im Beratungsverfahren - Art. 54
I bay. GemO; § 61 I hess. GemO; § 49 nds. GemO.

§ 11 Anfertigung und äußere Form der Niederschrift

Die Niederschrift kann ihre volle Beweiswirkung nur entfalten, wenn die Art und Weise ihrer Anfertigung und ihre äußere Form ordnungsmäßig sind. Deshalb sollen im folgenden die äußeren Vorgänge bei der Abfassung der Niederschrift und die Anforderungen an ihre äußere Gestalt näher dargestellt werden. Einzugehen ist dabei auch auf die Frage, welche Rolle das Tonband bei der Anfertigung der Niederschrift spielt.

I. Zunächst sind die vier Begriffe Anfertigung, Fertigstellung, Feststellung und Ausfertigung zu klären.

Unter Anfertigung wird der Entstehungsvorgang der Niederschrift verstanden. Dazu gehört, daß der Text niedergeschrieben und von dem Verfasser unterschrieben wird. Die Anfertigung umfaßt also die Herstellung der Urkunde und ihre Vollziehung, d.h. die Kennzeichnung des Textes als eigene Erklärung durch die Unterschrift des verantwortlichen Schriftführers¹⁾.

1) Ohne Unterschrift liegt nur ein Entwurf vor, vgl. Baumbach-Lauterbach Erl. zu § 162; H.J. Schmidt, DRiZ 1960, 53; Rassow NJW 1958, 654.

Die Fertigstellung bezeichnet den Zeitpunkt des endgültigen Abschlusses der Niederschrift. Sie liegt vor, wenn alle vorgeschriebenen Unterschriften getätigt, eine eventuelle Genehmigung erteilt und der Schriftführer die so vorschriftsmäßige Urkunde zu den Akten bzw. in den Geschäftsgang abgibt¹⁾.

Die Feststellung bedeutet die Aufnahme eines Vermerks durch den Verfasser, mit dem er ausdrücklich die Richtigkeit bestimmter Vorgänge bei der Entstehung der Niederschrift bestätigt²⁾. Die Feststellung ist nur bei genehmigungsbedürftigen Niederschriften erforderlich³⁾, aber auch sonst gebräuchlich.

Unter Ausfertigung schließlich versteht man die wörtliche Abschrift eines Teiles oder der gesamten Niederschrift, die dazu dient, das Original im Rechtsverkehr zu ersetzen. Sie muß mit einem unterschriebenen Beglaubigungsvermerk (Ausfertigungsvermerk) der Behörde versehen sein⁴⁾ und besitzt die gleiche Beweiskraft wie das Original⁵⁾.

II. Für die Art und Weise der Anfertigung einer Niederschrift gilt das sog. Unmittelbarkeitsprinzip⁶⁾. Es besagt,

- 1) Vgl. Dünnebier, G 16, Fußnote 95; der Schriftführer hat für die Fertigstellung zu sorgen, Wieczorek, § 163 Anm. A II b.
- 2) Z.B.: "geschehen wie oben", "vorgelesen, genehmigt, unterschrieben"; vgl. Schlegelberger, § 177 Rdnr. 10.
- 3) Z.B. § 130 I S. 2 FlurBG; auch § 177 I FGG; § 162 ZPO; § 273 III StPO.
- 4) Schlegelberger, § 182 Rdnr. 1 und 5; Helmreich-Widmann Art. 54, Ziff. 9.
- 5) Anders die beglaubigte Abschrift. Sie ist nur das von der öffentlichen Urkundsperson ausgestellte Zeugnis darüber, daß die Abschrift mit der Urschrift übereinstimmt. Vgl. Schlegelberger, § 182, Rdnr. 1
- 6) Vgl. Wieczorek, § 159 Anm. B I; Stein-Jonas, § 159 Anm. III, 1; Geier in Löwe-Rosenberg, § 271 Anm. 2 a; für den Gemeinderat: KPBl. 1962, 588 (o. Verf.).

daß der Schriftführer die Niederschrift im Verlaufe des von ihm miterlebten Vorgangs anzufertigen hat. Eine solche unmittelbare Anfertigung ist im Bereich der öffentlichen Verwaltung dann geboten, wenn Erklärungen oder Beschlüsse in die Niederschrift aufgenommen werden, die vor Abschluß der Verhandlung oder Sitzung den Beteiligten vorzulegen oder zur Einsicht vorzulegen sind. Eine nachträgliche Anfertigung wäre für den Fall, daß ein den Tatsachen widersprechender Feststellungsvermerk gemacht würde, eine Falschbeurkundung¹⁾. Auch bei solchen Verhandlungen, die mit der Unterzeichnung der Niederschrift durch die Beteiligten beendet werden²⁾, ist eine unmittelbare Anfertigung erforderlich.

Das Unmittelbarkeitsprinzip will eine möglichst wahrheitsgetreue, von Erinnerungsfehlern unbeeinflusste Wiedergabe der Vorgänge sicherstellen. Dieses Ziel kann aber, abgesehen von den vorgenannten Fällen, auch dadurch erreicht werden, daß sich der Schriftführer während des Geschehens Notizen macht, die er im Anschluß an die Verhandlung oder Beratung zur Anfertigung der Niederschrift verwendet. Dem Sinn und Zweck des Unmittelbarkeitsprinzips wird diese Art der Anfertigung gerecht, wenn sie so rechtzeitig erfolgt, daß der frische Eindruck beim Abfassen der Niederschrift noch gegenwärtig ist³⁾. Bei schnellen und unübersichtlichen Verhandlungen, die im Gemeinderat oder Ausschüssen häufig sind, besteht sogar eine gewisse Notwendigkeit, den Verhandlungsstoff zunächst in Notizen festzuhalten. Eine rechtzeitige nachträgliche Anfertigung ist deshalb insoweit zulässig⁴⁾.

1) Vgl. Wieczorek, § 159 Anm. B I; OLG Karlsruhe v. 18.6.1931 JW 1932, 115.

2) Z.B. die Einigungs-niederschrift im Enteignungsverfahren; die Wahlniederschrift des Wahlausschusses, vgl. Seifert, Erl. zu § 70.

3) Vgl. Dünnebier, G 16; § 273 a Abs. I des Entwurfs der StfO 1928 sah deshalb zur Anfertigung die Frist einer Woche (in Übereinstimmung mit der Urteilsabgabefrist) vor.

4) So z.B. Wiesenenthal, DRiZ 1959, 181; Schuler, NJW 1955, 1258; Geier in Löwe-Rosenberg, § 271 Anm. 4; BGH v. 20.2.1957 NJW 1957, 798. Am strengen Unmittelbarkeitsprinzip halten fest Stein-Jonas, § 159 Anm. III; Baumbach-Lauterbach, § 159 Anm. 1.

III. Ziel der Anfertigung ist ein lesbares, allgemein verständliches Schriftstück, also eine Urkunde im verfahrensrechtlichen Sinn. Dieses Ziel kann die fertiggestellte Niederschrift nur erfüllen, wenn sie in Langschrift abgefaßt ist. Verständlichkeit und praktische Verwertbarkeit in der Verwaltung erfordern diese Form.

Soweit die Niederschrift den Beteiligten zum Abschluß der Verhandlung zur Durchsicht oder Unterschrift vorgelegt werden muß, ist sie in der Verhandlung selbst in Langschrift abzufassen. Im übrigen ist es aber zulässig, wenn sich der Schriftführer in der Verhandlung einer gebräuchlichen Kurzschrift bedient. Die Regelung des § 163 a ZPO kann insoweit auch im Verwaltungsrecht entsprechend gelten¹⁾. Die stenographische Aufzeichnung ist von dem Schriftführer allein zu unterzeichnen und nach dem Termin unverzüglich in Langschrift zu übertragen. Die Übertragung tritt dann an die Stelle der stenographischen Niederschrift; sie wird als Urschrift angesehen. Die stenographische Aufzeichnung wird ihr als Anlage beigelegt und dient als Hilfsmittel zur Ergänzung und Kontrolle der Urschrift²⁾. Der Nachweis der Unrichtigkeit der Übertragung ist jederzeit zulässig; hinsichtlich der Richtigkeit des Inhalts bleibt die stenographische Aufzeichnung maßgeblich³⁾.

1) § 163 ZPO normiert eine allgemein historisch begründete Art und Weise der Protokollierung. In Rom wurden die Reden der Parteien während der Verhandlung von Tychographen (exceptores = Schnellschreiber) mittels Anwendung einer Siglenschrift auf Wachstäfelchen aufgenommen und anschließend in voller Schrift in die Sceda übertragen, die von dem Beamten unterschrieben wurde. Vgl. Steinwenter S. 13; Kaser S. 448; diese Art der Aufnahme von Verhandlungen wird auch im gemeinen Recht geübt Wiednig in v. Holtzendorff III, S. 205, Bresslau I, S. 75.

2) Stein-Jonas, § 163 a Anm. III; Wieczorek, § 163 a Anm. A I; Henkel, JZ 1957, 154. Nicht die stenographische Aufzeichnung, sondern die "sceda" war das Amtsexemplar, das im Archiv aufbewahrt wurde und von dem amtliche Anfertigungen (authentica) mit öffentlichem Glauben angefertigt wurden, vgl. Steinwenter S. 13; Bethmann-Hollweg III, S. 280.

3) Vgl. dazu eingehend Bergmann, DRiZ 1960, 175.

IV. Die äußere Form der Niederschrift wird bestimmt von der Unterscheidung zwischen Feststellungs- und Erklärungsinhalt¹⁾. Die Feststellungsangaben erscheinen in besonderer Anordnung, regelmäßig im Kopf der Niederschrift und deutlich abgehoben von dem folgenden Erklärungstext²⁾. Die Unterschriften schließen das Schriftstück durch ihre äußerliche Anordnung unter dem Text sichtbar ab³⁾. Diese äußere Form dient der Übersichtlichkeit des Berichtes und unterstreicht die Bedeutung formeller Berichterstattung und die Eigenständigkeit der Urkunde als förmliches Beweismittel.

V. Fraglich ist, ob sich der Schriftführer die Mühe der Anfertigung einer Niederschrift ersparen oder wenigstens erleichtern kann, indem er das Geschehen auf ein Tonband aufnimmt.

a. Die Niederschrift kann durch eine Tonbandaufnahme nur dann ersetzt werden, wenn sie zwei Voraussetzungen erfüllt: sie muß den Rechtscharakter und damit die besondere Beweiskraft einer Urkunde besitzen und sie muß den verschiedenen Funktionen der Niederschrift im Verwaltungsverfahren genügen können.

1. Die Frage, ob die Tonbandaufnahme eine Urkunde sei, wird in der Literatur nicht einheitlich beantwortet. Es lassen sich drei Meinungen unterscheiden. Die erste Auffassung

1) Siehe § 9 Ziff. I a, 2 dieser Arbeit.

2) Im älteren Reichsprozeß werden die Feststellungsangaben in roter Tinte (rubrum), der Text über die Verhandlung in schwarzer Tinte (nigrum) geschrieben, vgl. Wiednig in v. Holtzendorff III, S. 205.

3) Enneccerus-Nipperdey, § 155 Anm. I 2 b; Staudinger, § 126 Anm. IV, 2.

sieht die Aufzeichnung des Bandes als Schrift an und bejaht deshalb unmittelbar den Urkundscharakter¹⁾. Eine zweite Auffassung bestätigt die Schriftlichkeit der Tonbandaufzeichnungen mit dem Hinweis, daß eine Verdinglichung von Gedanken wenigstens in vorgestellten Zeichen vorgenommen wurde. Es fehle zwar an der Verlesbarkeit; ihr könne aber das Abspielen der Aufnahme gleichgestellt werden²⁾. Die dritte Auffassung schließlich will das Tonband nicht als Urkunde ansehen. Das Tonband konserviere nur einen Lebensvorgang, ohne ihn durch geistige Tätigkeit in Schriftzeichen umzusetzen. Es enthalte das Geschehen in seiner Ursprünglichkeit; dessen Wiedergabe oder besser: Wiederaufleben sei aber allein Gegenstand des Augenscheins. Die Vorschriften über die Urkunde seien damit auf das Tonband unanwendbar³⁾.

Zustimmung verdient die dritte Auffassung. Die Tonbandaufnahme ist weder selbst eine Urkunde noch aufgrund ihrer Entstehung und ihrer Verwertbarkeit einer Urkunde gleichzusetzen.

Die Tonbandaufnahme kann nicht als verlesbares Schriftstück angesehen werden, da die Aufzeichnungen des Bandes keine Schrift darstellen. Schrift bedeutet eine Form der Gedankenfixierung in Symbolen, die auf dem Gestaltungsvermögen des Menschen beruhen. Die Aufzeichnungen des Tonbandes kommen jedoch durch rein physikalisch-technische Naturvorgänge zustande. Es ist daher unrichtig, von den Rillen auf Tonbändern als Schrift zu sprechen⁴⁾. Denn die elektromagnetischen Linien haben ihrer Entstehung und ihrem Wesen nach keine Ähnlichkeit mit den von Menschen erdachten Symbolen⁵⁾.

1) Maurach II, S. 415 (allerdings für den materiellen Urkundsbegriff); Kohlhaas DRiZ 1955, 83; Siegert, NJW 1957, 691, ders. NJW 1958, 83.

2) Alsberg-Nüse, S. 270; Scupin, DÖV 1957, 553 f.; Wieczorek, S 415 Anm. A II.

3) Feldmann, NJW 1958, 1167 f.; Pleyer ZZP Bd. 69 (1965) S. 323; Coing in WT S. 30 ff.; Baumbach-Lauterbach, Übers. vor § 371 Anm. 4.

4) So aber Kohlhaas, DRiZ 1955, 83 und Henkel, JZ 1957, 152.

5) Feldmann, NJW 1958, 1167; Roggemann S. 71.

Die Aufnahme mittels Tonband stellt auch keine Beurkundungstätigkeit dar, die stets die verantwortliche Abgabe eines eigenen Zeugnisses der Urkundsperson über bestimmte Vorgänge enthält, sondern lediglich die Konservierung des Geschehenen¹⁾. Die Reproduktion des Bandes im herkömmlichen Sinn²⁾ kann schließlich nicht als "verlesen" bezeichnet werden. Das Verlesen ist eine geistige Leistung, das Abspielen ein physikalisch-technischer Vorgang. Bei ihm wird die Wahrnehmung nicht durch die notwendige Beteiligung von Auge und Ohr, sondern lediglich durch das Ohr vermittelt³⁾. Das Abspielen steht deshalb dem Vorlesen nicht gleich.

Die Tonbandaufnahme unterscheidet sich folglich von der Urkunde durch drei wesentliche Kriterien: das verschiedene Mittel der Aufzeichnung, die Art der Aufnahme und die Verständlichkeit der Wiedergabe des Inhalts. Tonbandaufnahme und Urkunde sind voneinander wesensverschieden.

Es verbietet sich deshalb, alle diejenigen Vorschriften, mit denen der Gesetzgeber die besondere Beweiskraft der Urkunde regelt, unmittelbar auf die Tonbandaufnahmen anzuwenden⁴⁾. Das gilt ebenso für eine entsprechende Anwendbarkeit. Der Tonbandaufnahme fehlt die Verkehrsfähigkeit der Urkunde sowie die verantwortliche Formulierung des Wortlauts und die leichte Feststellbarkeit von Echtheit und Unverfälschtheit⁵⁾. Da die Besonderheiten der Regelung des Urkundenbeweises aber gerade an diese Merkmale anknüpfen, ist es nicht gerechtfertigt, die Tonbandaufnahme einer Urkunde mit allen rechtlichen Konsequenzen gleichzustellen⁶⁾.

-
- 1) Vgl. auch Lang, Ton- und Bildträger, Diss. Ffm. 1960, S. 97 f., zit. nach Roggemann S. 13.
 - 2) Anders das Verfahren der sog. "visible speech", wo die optische Sichtbarmachung des Frequenzbildes der gesprochenen Wort auf einem Bildschirm erfolgt.
 - 3) Es fehlt die sog. "doppelte Sinneskontrolle" durch Auge und Ohr, vgl. Eb. Schmidt, Jellinek-Gedächtnisschrift, S. 631; Feldmann, NJW 1958, 1167.
 - 4) Vgl. Roggemann S. 73.
 - 5) Insbes. Henkel, JZ 1957, 152 f.; Eb. Schmidt, JZ 1956, 207; ders., Gedächtnisschrift für Jellinek, S. 631.
 - 6) So auch Bruns, JZ 1957, 493; Roggemann S. 73.

2. Das Tonband kann auch den verschiedenen Zwecken, die eine Niederschrift im Bereich der öffentlichen Verwaltung erfüllt, nur unvollkommen genügen.

Es erfüllt nur teilweise den Beweiszweck, da es einen eigenständigen¹⁾ jedoch geringeren Beweiswert als die Niederschrift besitzt. Als Beweismittel kann das Tonband den Augenscheinsobjekten zugeordnet werden²⁾. Augenschein bedeutet Beweis durch unmittelbare Sinneswahrnehmung³⁾. Jedes Tonband ist deshalb von Natur aus zum Beweis äußerlich wahrnehmbarer Umstände geeignet, so u.a. der Unversehrtheit äußerer Beschaffenheit, der Feststellung von Geräuschen, der Klangfarbe von Stimmen, der Identität des Sprechenden. Zugleich vermittelt es aber dadurch, daß die Äußerungen durch die sinnfällige Reproduktion in ihrer Ursprünglichkeit wieder lebendig werden, die Kenntnis von dem in der Vergangenheit liegenden Geschehnis und damit die Überzeugung, daß sich dieses Geschehnis tatsächlich in vernommener Art und Weise abgespielt hat⁴⁾. Die wesentliche Beweisaufgabe der Urkunde, den Gedankeninhalt einer Aussage weiterzugeben und die Überzeugung von seiner Richtigkeit zu begründen, kann also auch durch das Tonband - und zwar im Wege des Augenscheins - erfüllt werden⁵⁾.

Allerdings bestehen für die Überzeugungskraft des Beweisinhaltes von Tonband und Urkunde Unterschiede. Das Recht enthält wohl verbindliche Beweisregeln für die Beweiswürdigung

1) BGH v. 1.12.1955, JZ 1956, S. 227.

2) Für den Prozeß ist die Einordnung als Urkunde oder Augenscheinsobjekt durch den nach h.M. geltenden *numerus clausus* der zulässigen Beweismittel geboten; vgl. für viele Eb. Schmidt, JZ 1956, 206; a.A. Müller-Sax, Vorbem. vor § 48, 1 d. In der öffentlichen Verwaltung ist jedes Beweismittel verwertbar.

3) Rosenberg, § 117 Anm. I; Baumbach-Lauterbach Übers. vor § 371 Anm. 1.

4) So Pleyer, ZZP Bd. 69 (1956) S. 323; Feldmann, NJW 1958, 1167 f.; Coing, WT, S. 30 ff.; Baumbach-Lauterbach, Übers. vor § 371 Anm. 4.

5) Zulässiges Beweismittel zur Übermittlung eines Gedankeninhalts sei im Prozeß nur die Urkunde, so Eb. Schmidt, Gedächtnisschrift für Jellinek, S. 631; Henkel, JZ 1957, 152.

der Urkunde, nicht aber für das Augenscheinsobjekt. Da dem Tonband aber die Urkundseigenschaft fehlt, ist die Verwaltung in der Würdigung der durch eine Tonbandaufnahme vermittelten Tatsachen völlig frei¹⁾.

Damit kann die Tonbandaufnahme jedoch der Beweisfunktion einer Niederschrift nicht gerecht werden. Es entspricht dem Sinn einer ausdrücklichen Anordnung einer Niederschrift, daß dem aufgezeichneten Geschehen dadurch für die Zukunft die besondere Beweiskraft einer Urkunde zukommen soll. Das bedeutet: bei beliebiger späterer Verwendung, sei es in weiteren Verwaltungsverfahren, sei es bei der Kontrolle von Beschlüssen oder Erklärungen, sollen die Angaben eine nur durch andere Beweismittel widerlegbare Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit besitzen; sie sollen aber nicht der freien Beweiswürdigung des jeweiligen Bearbeiters überlassen und ausgeliefert sein.

Das Tonband wird auch der Transport- und Dokumentationsfunktion nicht gerecht.

Die Transportfunktion zwingt zu einer übersichtlichen, verständlichen Darstellung der für Beweis Zwecke wesentlichen Vorgänge. Die Tonbandaufnahme "konserviert" jedoch das Geschehen, wobei der Schriftführer auf Gestaltung und Auswahl des Stoffes nur Einfluß hat, wenn er das Aufnahmegerät betätigt oder abstellt. Die Aufnahme leidet deshalb besonders bei umfangreichen Debatten an Unübersichtlichkeit²⁾. Sie ist weiter nur unter Zuhilfenahme eines technischen Gerätes verständlich. Für ihre Verwertbarkeit im Aktenbetrieb der Verwaltung ist es in aller Regel unerläßlich, daß sie in Normalschrift übertragen wird³⁾. Gerade dadurch verliert sie aber ihren Vorzug, daß sie neben dem Gedankeninhalt auch die äußeren, hörbaren

1) Es gilt also insoweit die allgemeine Regel der Beweiswürdigung, vgl. Wolff III, § 156 Anm. IV, c 2.

2) Vgl. v. Stöckelberg, G 58; Henkel, JZ 1957, 150; Rassow, NJW 1958, 654.

3) Rühl, JZ 1956, 592 f., der die technischen Schwierigkeiten bei der Aufnahme und Übertragung in Langschrift eingehend erörtert; H.J. Schmidt, ZZP Bd. 76 (1963) S. 87.

Umstände des Geschehens vermittelt¹⁾. Der Gewinn an Zeit, Arbeits- und Kostenaufwand wird so ohnehin wieder aufgehoben.

Zwar könnte das Tonband eine vollständige, verantwortliche Wiedergabe sicherstellen, da auch die Feststellungsangaben auf das Band gesprochen und der Bandvorspann unterschrieben werden könnte²⁾. Die Aufnahme erfordert aber, besonders in erregter Verhandlung, "Mikrophondisziplin"³⁾, wenn sie nicht durch Geräusche bis zur Unverständlichkeit beeinträchtigt werden soll.

Technische Einflüsse beeinträchtigen auch den Dokumentationszweck. Die Tonbandaufnahme steht dem Informationswert eines Debattenprotokolls zumindest gleich, ist jedoch in ihrer Lagerfähigkeit durch Temperatureinflüsse oder elektromagnetische Außeneinwirkungen erheblich beschränkt⁴⁾.

Es ergibt sich damit folgende Feststellung: in Anbetracht der vorstehenden rechtlichen und tatsächlichen Bedenken kann die Tonbandaufnahme eine Niederschrift nicht ersetzen⁵⁾.

b. Es besteht in vielen Fällen jedoch ein praktisches Bedürfnis, die Vorzüge des Tonbands, das u.a. zu Arbeitserleichterung, Zeitgewinn und Kostenersparnis führt, für den Bereich der öffentlichen Verwaltung nutzbar zu machen. Kann aber die Tonbandaufnahme eine Niederschrift nicht ersetzen, so ist sie doch geeignet, als technisches Hilfsmittel zur rationelleren Anfertigung der Niederschrift wirksame Dienste zu leisten⁶⁾. Es können zwei Verwendungsarten unterschieden werden.

1) So besonders Henkel, JZ 1957, 150.

2) Roggemann, S. 79; a.A. Eb. Schmidt, JZ 1956, 207 und Henkel, JZ 1957, 153, die auf die technische Möglichkeit der sog. "Signier-Bänder" nicht eingehen.

3) So Röhl, JZ 1956, 591.

4) Roggemann, S. 75; Rassow, NJW 1958, 654; H.J. Schmidt, DRiZ 1960, S. 53.

5) So besonders für den öffentlich rechtlichen Bereich Kotenberg, § 37 Anm. I; Mertes, KPBl. 1962, 713; Damrau, DÖV 1965, 87; KPBl. 1962, 588 (o. Verf.).

6) H.J. Schmidt, ZZP Bd. 76 (1963) S. 82, 87.

1. Das Tonband kann die Funktion der stichwortartigen Notizen übernehmen, die sich der Schriftführer während der Verhandlung zur späteren Anfertigung der Niederschrift macht. Als Gedächtnisstütze sind solche Tonbandaufnahmen den Notizen weit überlegen, da sie die dem Schriftführer wichtig erscheinenden Geschehnisse zuverlässiger als mehr oder minder vollständige und lesbare Aufzeichnungen festhalten und damit eine wahrheitsgetreuere Berichterstattung gewährleisten¹⁾. Besonders zweckmäßig erscheint deshalb diese Art der Verwendung, wenn der Vorsitzende in einer Verhandlung oder Beratung zugleich die Tätigkeit eines Schriftführers mit übernommen hat²⁾. Das Tonbandgerät ist dann Ersatz der menschlichen Schreibkraft, d.h. "stummer Diener"³⁾. Die Verwendung des Tonbands unterliegt jedoch den gleichen Beschränkungen, wie sie für die nachträgliche Anfertigung der Niederschrift aus Notizen durch das Unmittelbarkeitsprinzip aufgestellt wurden⁴⁾.

2. Das Tonband kann zum Teil auch die Funktion der stenographischen Aufzeichnung übernehmen. Das Stenogramm dient der möglichst vollständigen, wortgetreuen Berichterstattung; an Lebendigkeit und Exaktheit der Wiedergabe des gesamten Geschehens wird es von der Tonbandaufnahme noch übertroffen. Deshalb eignet sich das Tonband insbesondere zur Aufnahme von umfangreichen Beratungen⁵⁾, komplizierten Vernehmungen⁶⁾, aber auch für förmliche Erklärungen von Zivilpersonen bei einer Behörde, die in Form einer Erklärungsniederschrift nachträglich aktenkundig gemacht werden.

1) Rassow, NJW 1958, 655; Henkel, JZ 1957, 150; H.J. Schmidt, DRiZ 1960, 52.

2) Z.B. im Verfahren nach dem FlurBG oder dem EVwVerfG 1963, wo nur eine wahlweise Zuziehung des Schriftführers vorgesehen ist.

3) Bergmann, DRiZ 1960, 175; Wiesenenthal, DRiZ 1959, 181.

4) Siehe § 11 Ziff. II dieser Arbeit.

5) In größeren Verwaltungen setzt sich das Tonband für Aufnahmen der Ratssitzungen immer stärker durch; SKV 1966, 66 (o. Verf.); nds. MinBl. 1958, 416 (o. Verf.).

6) Vgl. Scupin, DÖV 1957, S. 550, 555.

Allerdings ermöglicht das Stenogramm, sobald es der Niederschrift als Anlage beigelegt ist, jederzeit die Kontrolle der richtigen Übertragung des Textes. Diese Aufgabe vermag das Tonband nicht zu erfüllen, da es aus technischen Gründen als Anlage ungeeignet ist¹⁾.

Es bleibt damit festzustellen: Das Tonband besitzt praktische Bedeutung nur als Hilfsmittel bei der Vorbereitung und Abfassung der Niederschrift.

c. Dem Schriftführer ist es in der Regel überlassen, in welchem Umfang er das Geschehen mittels Tonband festhalten will. Ihm steht auch die Entscheidung darüber zu, ob und wann er ein Tonbandgerät zum Zweck der Erstellung einer Niederschrift verwenden will. Er ist insoweit weisungsfrei, als es in sein Belieben gestellt ist, die Niederschrift entweder aus dem Gedächtnis oder aufgrund von Notizen zu fertigen. Ist er aber frei in der Wahl seiner Fertigungsmittel, so kann er sich auch jederzeit des Tonbands als Hilfsmittel bedienen²⁾.

Die Verwendung des Tonbands richtet sich allerdings nicht ausschließlich nach seinem Willen. Der Dienstvorgesetzte kann gegenüber dem ihm nachgeordneten Schriftführer aufgrund seines Weisungsrechts die Anfertigung einer Tonbandaufnahme anordnen oder verbieten. Das Recht zum Verbot steht auch dem Verhandlungsleiter aufgrund seiner Ordnungsgewalt zu, wenn dieses Verbot zur Beseitigung erheblicher Störung oder Aufrechterhaltung der Ordnung im Sitzungssaal erforderlich wird³⁾.

1) H.J. Schmidt, DRiZ 1960, 53; vgl. auch Rassow, NJW 1958, 655; a.A. Henkel, JZ 1957, 153; Siegert, DRiZ 1957, 103.

2) So auch Damrau, DÖV 1965, 87.

3) Vgl. Dem. Gem. 1965, 654 (o. Verf.); nds. MinBl. 1958, 416 (o. Verf.).

d. Zu beachten sind jedoch die Grenzen, die der Verwendung des Tonbands durch die Achtung vor dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gesetzt sind.

Durch die Rechtsordnung wird ein allgemeines Persönlichkeitsrecht, d.h. ein subjektives öffentliches (und privates) Recht an der eigenen Person anerkannt, das in Artikel 1 und 2 GG seine Grundlage findet¹⁾. Zu seinem Inhalt gehört auch das Recht des Menschen an seinem gesprochenen Wort²⁾. Das besagt: der einzelne bestimmt grundsätzlich selbst, wer sein Wort hören darf und ob es aufbewahrt oder mit dem Gedächtnis seiner Hörer verlöschen soll. Durch die Aufnahme auf einen Tonträger werden nun aber Wort und Stimme verselbständigt; sie erscheinen als "eigene Sache"³⁾. Es besteht deshalb die Gefahr, daß andere sich ohne oder gar gegen den Willen des Sprechers dieser Persönlichkeitsrechte bemächtigen und über sie beliebig verfügen. Darin läge ein unzulässiges Eindringen in die Persönlichkeitssphäre, wobei sowohl die Aufnahme - insbesondere die heimliche Aufnahme - des gesprochenen Wortes wie auch die nicht gestattete Wiedergabe mittels Tonträger zu einer Persönlichkeitsverletzung führen kann⁴⁾. Die Verwendung des Tonbandes setzt deshalb regelmäßig ein ausdrückliches oder stillschweigendes Einverständnis des einzelnen Sprechers voraus.

Die vorherige Zustimmung ist jedoch nicht schlechthin Voraussetzung für die Benutzung des Tonbandes⁵⁾. Zu trennen sind diejenigen Tonbandaufnahmen, die zur allgemeinen, nach

1) Enneccerus-Nipperdey, S. 577 ff. (581) mit eingehender Literatur; v. Mangoldt-Klein, Art. 1 Anm. III, 7 und Art. 2 Anm. III, 7; Maunz-Dürig, Art. 2 Rdnr. 38.

2) St. Rechtsprechung, grundlegend BGH v. 25.5.1954 BGHZ 13, 334 (338); BGH v. 20.5.1958; BGHZ 27, 284 (286); BGH v. 14.6.1960; BGH NJW 1960, 1580; BVerfG v. 16.1.1957 E 16, 32 (41); KG Berlin v. 3.6.1955; NJW 1956, 26.

3) BGH v. 14.6.1960; NJW 1960, 1581.

4) Vgl. Enneccerus-Nipperdey S. 587.

5) So aber Mertes, KPBl. 1962, 713; Schmidt, ZZP Bd. 76 (1963) S. 87 f.

Ort und Zuhörerkreis unbestimmten Verbreitung vorgesehen sind, von solchen Aufnahmen, die lediglich dem Schriftführer zur Anfertigung der Niederschrift dienen und für jeden unbeteiligten Dritten unzugänglich bleiben. Nur die erste Gruppe kann unzulässigerweise in Persönlichkeitsrechte eingreifen, sobald dem Sprecher vor oder während der Aufnahme der Umfang späterer Verwendung nicht bekannt ist oder sein Einverständnis dazu fehlt¹⁾. Auch Geschäftsordnungsregeln, die eine Tonbandaufnahme zu öffentlicher Verwendung vorsehen, können deshalb nur mit Zustimmung aller Mitglieder verbindlich für alle festgelegt werden. Denn das Beschlußorgan kann nicht ohne Mitwirkung des Betroffenen über sein höchstpersönliches Recht verfügen²⁾.

Eine Tonbandaufnahme, die dem Schriftführer als Hilfsmittel zur Erstellung der Niederschrift dient, berührt jedoch das Persönlichkeitsrecht eines Sprechers nicht. Soweit ein Geschehen in einer Niederschrift festgehalten werden muß, kann es keinen Unterschied machen, ob die vorbereitenden Aufzeichnungen in Notizen, durch ein Stenogramm oder durch ein Tonband aufgenommen werden. Es muß nur sichergestellt sein, daß das Tonband in gleicher Weise wie die schriftlichen Aufzeichnungen Unbefugten unzugänglich bleibt und ausschließlich als Unterlage zur Anfertigung der Niederschrift verwandt wird³⁾. Das Verfügungsrecht des Sprechers an seinem Wort wird damit nicht weitergehend beeinträchtigt als es die Äußerung in der Öffentlichkeit einer Verhandlung oder Sitzung ohnehin mit sich bringt⁴⁾. Denn Öffentlichkeit bedeutet, daß sich neben dem Schriftführer jeder Anwesende die Äußerungen merken, aufschreiben und ggf. weitergeben kann⁵⁾. Dem Interesse des

1) Vgl. Rassow, NJW 1958, 655.

2) Vgl. Mertes, KPBl. 1962, 714; a.A. aber ohne Begründung Dem. Gem. 1965, 684 (o. Verf.); KPBl 1955, 726 (o. Verf.).

3) Rassow, NJW 1958, 655. Es empfiehlt sich hier eine entsprechende Regelung in der GeschO, vgl. SKV 1966, 66 (o. Verf.).

4) Roggemann S. 80

5) Vgl. Damrau, DÖV 1965, 87.

Sprechers an dem Schutz des Klanges und Ausdruckes seiner Stimme, die das Tonband zusätzlich festhält, wird aber dadurch genügt, daß die Aufnahme ausschließlich dem Schriftführer zur Verfügung steht, der sie nach Anfertigung der Niederschrift löscht. Damit ist zwar eine spätere, unzulässige Verwendung des Tonbandes durch den Schriftführer nicht ausgeschlossen¹⁾. Allein die Möglichkeit des Mißbrauchs ist keine Verletzung des Persönlichkeitsrechts. Sie macht eine vorherige Einverständniserklärung des Sprechers aus diesem Grunde nicht erforderlich²⁾.

Es ergibt sich damit: das Tonband kann als Hilfsmittel zur Anfertigung der Niederschrift jederzeit ohne Einwilligung der Anwesenden von dem Schriftführer eingesetzt werden. Zur Erklärung über diesen Zweck ist er aber nicht verpflichtet.

1) Die allerdings eine dienstliche Verfehlung darstellt und ggf. disziplinarische Folgen nach sich zieht, vgl. Damrau, DÖV 1965, 88.

2) So auch die Stellungnahme des JM NM v. 28.12.1966 unter Aktenzeichen III, 22-826 II/66.

4. Teil

Rechtsfolgen der mangelhaften Niederschrift

Die Anforderungen, die an die Ordnungsmäßigkeit einer Niederschrift zu stellen sind, wurden im vorherigen Abschnitt näher untersucht. Wird im Einzelfall gegen sie verstoßen, so leidet die Niederschrift an einem Mangel.

Der Mangel kann unterschiedliche Wirkungen haben. Denkbar ist, daß durch ihn die Beweiswirkung der Niederschrift betroffen wird. Der Umfang einer solchen Beeinträchtigung soll in § 13 näher dargestellt werden. Denkbar ist aber auch, daß der Verwaltungsakt oder der Beschluß, bei dessen Zustandekommen eine fehlerhafte Niederschrift angefertigt worden ist, durch diese Mangelhaftigkeit betroffen wird und aus diesem Grunde angefochten werden kann. Ob der Niederschrift eine solch weitreichende Bedeutung zukommt, ist in § 14 zu untersuchen.

Zunächst ist jedoch festzuhalten, daß nicht jeder Mangel eine endgültige Beeinträchtigung hervorruft. Mängel können auch bei der bereits fertiggestellten Niederschrift beseitigt, ihr Inhalt also insoweit verändert werden. Die Zulässigkeit und das Verfahren der Änderung ist im folgenden § 12 dargestellt.

§ 12 Änderung der Niederschrift

Eine Niederschrift kann tatsächlich unzutreffende Angaben enthalten oder es kann die Aufnahme wichtiger Vorgänge unterblieben sein. Diese Fehler können nachträglich behoben werden. Man spricht, soweit eine schon vorhandene Angabe eine andere Fassung erhält, von Berichtigung, soweit ein noch nicht vorhandener Vermerk hinzugefügt wird, von Ergänzung. In beiden Fällen liegt eine Änderung vor, da die Niederschrift in ihrem Inhalt verändert wird¹⁾.

I. Über die Änderung der Niederschrift bestehen im Bereich des öffentlichen Rechts keine ausdrücklichen Vorschriften. Die Rechtsprechung und Rechtslehre haben jedoch, vornehmlich für die Niederschrift der Hauptverhandlung im Prozeß, allgemeine Feststellungen getroffen, unter welchen Umständen und in welchem Umfang eine Änderung zulässig ist. Sie können für den Bereich der öffentlichen Verwaltung bestätigt werden.

1) Geier in Löwe-Rosenberg, § 271 Anm. 4 unterscheidet Änderung und Ergänzung; Stein-Jonas, § 159 Anm. 5 a und Wieczorek, § 159 Anm. B II a nennen beide Fälle Berichtigung.

a. Solange die Niederschrift noch nicht vollzogen, d.h. durch den Schriftführer unterzeichnet ist, kann von einer Änderung im Rechtssinn noch nicht gesprochen werden. Der bis zu diesem Zeitpunkt vorliegende Entwurf kann jederzeit berichtigt oder ergänzt werden¹⁾, da sich die Niederschrift erst im Stadium ihres Entstehens befindet.

b. In den Fällen, in denen der Vorsitzende neben dem Schriftführer die Niederschrift unterzeichnet hat, sind die Auswirkungen des Prinzips der beschränkten Selbstbeurkundung zu beachten. Regelmäßig verfaßt und unterzeichnet der Schriftführer die Niederschrift, bevor er sie dem Vorsitzenden zur Kontrolle und Unterschrift vorlegt. Dieser kann nunmehr ohne Zustimmung des Schriftführers keine Veränderung an dem Text vornehmen²⁾. Eine eigenmächtige Änderung würde den Text in der Weise verändern, daß seine Fassung nicht mehr von der Unterschrift des Schriftführers gedeckt würde und damit seinem Willen nicht mehr entspräche. Gerade diese Folge aber widerspräche dem Prinzip der beschränkten Selbstbeurkundung, das die Berücksichtigung der eigenständigen Beurkundung durch die zweite Urkundsperson fordert.

Eine im voraus erklärte Einwilligung des Schriftführers in die dem Vorsitzenden angebracht erscheinenden Änderungen kann nur in folgendem Fall zulässig sein: Es ist dann zu fordern, daß der Schriftführer den genauen Umfang der geplanten Abänderungen im Zeitpunkt seiner Einverständniserklärung kennt und billigt.

1) Rassow, NJW 1958, 654; Geier in Löwe-Rosenberg § 271 Anm. 4.

2) Geier in Löwe-Rosenberg, § 271 Anm. 2 a; ebenso kann der Beamte die Niederschrift nicht mehr allein ändern, sobald er sie dem Vorsitzenden vorgelegt, also damit in den Verkehr gebracht hat; Jagusch in LK Vorb. § 267 Anm. 3 b; RG v. 3. 6. 1890; RGSt 20, 425 (427).

c. Nach abschließender Unterzeichnung der Niederschrift durch alle zur Unterschrift verpflichteten Personen, d.h. nach Fertigstellung, kann eine Änderung nur in einem formlosen Berichtigungsverfahren vorgenommen werden¹⁾.

II. Das Verfahren findet entweder von Amts wegen oder auf Antrag eines Beteiligten statt.

a. Ist der Schriftführer von der Fehlerhaftigkeit seiner eigenen Beurkundungen nachträglich überzeugt, so hat er die Änderung von Amts wegen vorzunehmen²⁾. Es muß als seine Pflicht angesehen werden, erkannte Fehler der Beurkundung richtigzustellen, um mögliche Rechtsnachteile Dritter, die in Beweisschwierigkeiten liegen können, zu verhüten. Die Änderung einer Niederschrift, für deren Abfassung er allein verantwortlich ist, nimmt er selbständig vor. Hält er eine Änderung für notwendig, wenn auch der Vorsitzende unterzeichnet hat, so ist gemäß dem Prinzip der beschränkten Selbstbeurkundung die Mitwirkung beider Urkundspersonen erforderlich³⁾. Die Mitwirkung muß nach außen dadurch erkennbar sein, daß beide Schriftführer den Änderungsvermerk unterschreiben⁴⁾.

b. Die Änderung kann weiter auf Veranlassung jedes Verfahrensbeteiligten erfolgen; das ist neben den Parteien

1) Vgl. Wolff III, § 156 V b 2.

2) Vgl. Stein-Jonas, § 159 Anm. III; Geier in Löwe-Rosenberg, § 274 Anm. 4 a; Müller-Sax, § 271 Anm. 5 a; BGH v. 31. 5. 1951; BGHSt 1, 259; RG v. 12. 7. 1889 RGSt 19, 367.

3) Vgl. Geier in Löwe-Rosenberg, § 271 Anm. 4; Dünnebier, G 12.

4) So auch Wolff III, § 156 V b 2, der die Angabe des Datums und wenigstens der Namensparaphe fordert.

auch ein Zeuge oder Sachverständiger oder ein Mitglied des Kollegiums. Regelmäßig genügt die eindeutige Erklärung des Änderungsbegehrens; eine bestimmte Form ist für den Antrag nicht erforderlich.

Die Weigerung eines zur Unterzeichnung der Niederschrift verpflichteten Beteiligten, seine Unterschrift zu leisten, enthält jedoch keinen Änderungsantrag. Eine Änderung ist zu diesem Zeitpunkt noch nicht möglich, da die Niederschrift ohne die Mitwirkung des Betreffenden noch nicht ordnungsgemäß fertiggestellt ist¹⁾. Andererseits stellen die Einwendungen der Mitglieder eines Beratergremiums im sog. Genehmigungsverfahren regelmäßig einen Antrag auf Änderung dar, weil zu diesem Zeitpunkt bereits eine fertiggestellte Niederschrift vorliegt.

c. Über die Zulässigkeit des Antrags entscheidet bei der Verhandlungsniederschrift der Verfasser nach pflichtgemäßem Ermessen, da er allein die Verantwortung für ihren Inhalt trägt. Seine Entschließung kann nicht durch einen Berichtigungsantrag an das Kollegialorgan umgangen werden²⁾. Die Berichtigung der Beratungsniederschrift wird regelmäßig durch Beschluß des Beratergremiums durchgeführt. Die Berichtigung darf nicht zum Nachteil der beweisinteressierten Zivilperson verwertet werden; also kann sich die Verwaltung dann nicht auf diese berichtigte Niederschrift berufen, wenn der Fehler die Beweisposition der Zivilperson nachträglich beeinträchtigt³⁾. Eine Berichtigung zugunsten des Beweisführers ist dagegen stets vertretbar.

1) Siehe § 10 Ziff. II b dieser Arbeit.

2) Vgl. OLG Köln v. 15.3.1955, NJW 1955, 843.

3) Vgl. Müller-Sax, § 271 Anm. 5 b für die Revision: Entzieht die Berichtigung einer zunächst zulässigen Verfahrensrüge den Boden, so darf sie vom Revisionsgericht nicht berücksichtigt werden.

§ 13 Wirkung von Mängeln auf die Beweiskraft der Niederschrift

Die Verletzung inhaltlicher oder formeller Erfordernisse der Niederschrift zieht regelmäßig eine Beeinträchtigung ihrer Beweiskraft nach sich. Der Umfang der Beeinträchtigung richtet sich dabei nach der Art des Mangels und der Intensität, mit der durch ihn die Glaubwürdigkeit der Niederschrift erschüttert wird. Die Mängel lassen sich deshalb nach dem Grad ihrer tatsächlichen Einwirkung wie folgt gruppieren:

I. Keine Beeinträchtigung der Beweiskraft tritt ein, wenn Schreibfehler, Rechenfehler oder andere offenbare Unrichtigkeiten vorliegen, deren Unrichtigkeit sich aus dem Zusammenhang des Textes oder dem allgemein verständlichen Sinn zweifelsfrei ergibt¹⁾. Solche Mängel beruhen auf einem Versehen, Verschreiben o.ä. und können jederzeit von dem Aussteller richtiggestellt werden.

1) So der allgemeine Grundsatz auch beim unrichtigen Verwaltungsakt, vgl. Wolff I, § 51 VII a.

II. Die Beweiskraft einzelner Angaben ist in den folgenden Fällen beeinträchtigt, ohne daß die Niederschrift im übrigen in ihrer Beweiswirkung berührt wird:

a. Widerspricht sich der Schriftführer in dem Text selbst, ohne daß es sich um offenbare Unrichtigkeiten handelt, so besitzt die Niederschrift keine Beweiskraft, soweit der Widerspruch geht¹⁾. Die Feststellung betrifft allerdings nicht den Fall, daß die Erklärungen von den Parteien widersprüchlich abgegeben worden sind und der Schriftführer dies zutreffend wiedergibt. Es ist deshalb im Einzelfall zu beachten, daß der Widerspruch aus der verantwortlichen Tätigkeit des Schriftführers herrühren muß.

Widersprechen sich die Bekundungen beider Schriftführer, so hat dieser Mangel in der Regel Auswirkungen auf die Beweiskraft der Niederschrift insgesamt.

b. Die Unvollständigkeit der Niederschrift ist kein ohne weiteres erkennbarer Mangel. Fehlen bestimmte Angaben zu ausdrücklich vorgeschriebenem Erklärungsinhalt, so begründet auch diese lückenhafte Niederschrift zunächst die Vermutung, daß die nicht berichteten Ereignisse nicht stattgefunden haben bzw. die fehlenden Formalien nicht eingehalten worden sind. Es bleibt dann eine Frage des Gegenbeweises, diese Vermutung auszuräumen. Stellt sich die Niederschrift dabei als lückenhaft heraus, so kann sie dadurch jeden Beweiswert verlieren²⁾. Regelmäßig behalten aber die in ihr

1) Vgl. Wieczorek, § 164 Anm. B III; die Niederschrift ist aber auslegungsfähig, vgl. RG v. 29. 9. 1933, HRR 1934, 82

2) Mit der Unterlassung der Beurkundung von Verfahrensvorgängen wird auch der Tatbestand der Falschbeurkundung gemäß § 348 I StGB erfüllt, da der Schriftführer zur vollständigen Wiedergabe des Geschehens verpflichtet ist; bay. ObLG v. 5. 11. 1957, Bay. Bgm 1958, 68; bay. ObLG v. 19. 12. 1957, Bay Bgm 1958, 90. Außerdem liegt dann ein Dienstvergehen vor; vgl. Hölzl-Rollwagen, Art. 54 Anm. 4.

enthaltenen Angaben, soweit die Niederschrift nicht insgesamt unglaublich erscheint, ihren vollen Beweiswert.

Die unrichtige Niederschrift besitzt gleichfalls unbeschränkte Beweiskraft für solche Angaben, die sich als nicht unrichtig herausstellen; allerdings ist auch hier die Gesamtbeschaffenheit der Niederschrift nach Art und Umfang der unrichtigen Beurkundung zu berücksichtigen¹⁾.

c. Eine nicht ausgeglichene Unstimmigkeit zwischen mehreren Urkundspersonen führt, wenn ein einzelner, selbständiger Punkt des Berichtes betroffen ist, zum Verlust jeder Beweiskraft nur über diesen Punkt. Sind jedoch wesentliche formelle Erfordernisse oder sachliche Zusammenhänge nicht einheitlich beurkundet, so verliert die Niederschrift insgesamt ihre Beweiskraft, da sie dann ihrer Aufgabe als zuverlässiges Beweismittel nicht gerecht zu werden vermag²⁾.

III. Die folgenden Mängel beeinträchtigen die Glaubwürdigkeit der gesamten Niederschrift.

a. Hierher gehören Mängel der äußeren Beschaffenheit. Darunter sind Beeinträchtigungen des äußeren Erscheinungsbildes zu verstehen, die entweder bei der Anfertigung oder erst nachträglich aufgetreten sein können, also Durchstreichungen, Radierungen, Einschaltungen, Lücken, Risse, Flecken, kurz gesagt alle Unregelmäßigkeiten, durch die das Schriftbild oder das Material der Urkunde beeinträchtigt wird³⁾. Zusätze, Ein-

1) Vgl. Geier in Löwe-Rosenberg, § 273 Anm. 6; RG v. 23.9.1930 RGSt 64, 309 (310).

2) RG v. 30.10.1923 RGSt 57, 396; BGH v. 8.10.1953 BGHSt 4, 364 lassen hier freie Beweisführung zu.

3) Vgl. Hendrix, S. 13; Stein-Jonas, § 419 Anm. I; Müller-Sax, § 271 Anm. 4; Geier in Löwe-Rosenberg, § 271 Anm. 5; RG v. 21.4.1892, RGSt 29, 430 (432).

schiebungen oder Streichungen, die auf einer nachträglichen Änderung beruhen und als solche durch Unterschrift kenntlich gemacht sind, sind jedoch keine äußeren Mängel¹⁾.

Äußere Mängel, soweit sie nicht völlig unbedeutend sind, bewirken im Regelfall, daß die erhöhte Beweiswirkung einer Urkunde gemäß § 415 ff. ZPO beseitigt wird²⁾. Diese Folge trifft auch für die Niederschrift zu. Wenn die Urkunde schon äußerlich nicht korrekt erscheint, verdient sie auch kein erhöhtes Vertrauen in die Richtigkeit und Vollständigkeit ihrer Bekundungen. An die Stelle der gesetzlichen Beweisvermutung tritt die freie Beweiswürdigung, die im Einzelfall auch dazu führen kann, der Niederschrift wegen äußerer Mängel die Beweiswirkung ganz zu versagen.

b. Fehlt die Unterschrift einer Zustimmungsperson oder der Vermerk über eine erforderliche Genehmigung³⁾, so entfällt ebenfalls die Bindung an die Beweisregel der §§ 415 ff. ZPO. Nur die vorschriftsmäßig fertiggestellte Niederschrift kann das volle Vertrauen des Beweisgegners beanspruchen. Geht aus der Urkunde jedoch hervor, daß die vom Gesetz dazu bestimmten Kontrollpersonen gerade keine Mitgarantie für den Inhalt übernommen haben, so kann diese Urkunde nur noch einen frei zu würdigenden Beweiswert besitzen. Das gleiche gilt, wenn die Zustimmungsperson unterzeichnet hat, aber als befangen abgelehnt werden kann⁴⁾.

c. Als Fehler der Art und Weise der Anfertigung ist die Verletzung des Unmittelbarkeitsprinzips anzusehen⁵⁾. Wird die Niederschrift zu einem von dem Ereignis so entfernt liegenden Zeitpunkt angefertigt, daß eine zutreffende Wiedergabe von dem Schriftführer nicht mehr erwartet werden

1) Stein-Jonas, § 419 Anm. I; Kunze-Schmid, § 38 Anm. II, 2.

2) § 419 ZPO; vgl. Stein-Jonas, § 419 Anm. I; Baumbach-Lauterbach, § 419 Anm. 2; Thomas-Putzo, § 419 Anm. 2.

3) Vgl. § 10 Ziff. II dieser Arbeit.

4) Kottenberg, § 37 Anm. I.

5) Siehe § 11 Ziff. II dieser Arbeit.

kann, so kann auch diese Niederschrift keine volle Beweiskraft besitzen, sondern allenfalls Objekt der freien Beweisführung sein.

d. Werden die Anforderungen verletzt, an die das Gesetz den Rechtscharakter der öffentlichen Urkunde knüpft, so entfällt mit dem öffentlichen Charakter der Urkunde auch deren gesetzlich bestimmte Beweiskraft. Sie kann dann jedoch die Beweiskraft einer privaten Urkunde besitzen¹⁾.

Für die Niederschrift tritt diese Folge dann ein, wenn ihr Aussteller sachlich oder funktionell unzuständig ist. Aussteller ist die Behörde, nicht der Schriftführer. Wird der Schriftführer also von einer unzuständigen Behörde mit der Erstellung der Niederschrift beauftragt oder kann aus anderem Grund seine Tätigkeit nicht der zuständigen Behörde zugerechnet werden, so bleibt die Niederschrift lediglich Privat-urkunde dieses Schriftführers. Ist er jedoch nach dem Geschäftsverteilungsplan innerhalb der Behörde nicht zuständig, so berührt dieser Mangel den öffentlichen Charakter und damit die entsprechende Beweiskraft der Niederschrift nicht.

Ebenso besitzt die Niederschrift auch dann ihre volle Beweiskraft, wenn sie von einem fachlich oder persönlich ungeeigneten Schriftführer erstellt worden ist, vorausgesetzt, daß sie im übrigen fehlerfrei ist.

IV. Die Niederschrift besitzt keine Beweiskraft, wenn der vorliegende Mangel ein Vertrauen in diese Urkunde nicht rechtfertigt.

1) Vgl. Wieczorek, § 419 Anm. A I.

a. Noch keine Rechtswirkung entfaltet die Niederschrift, die von dem Schriftführer nicht unterschrieben ist. Es liegt dann keine Niederschrift im Rechtssinn, sondern nur ein Entwurf vor¹⁾. Der Entwurf ist aber eine unverbindliche vorläufige Äußerung des Verfassers, den dieser nur für eigene Verwendung, nicht aber für den Rechtsverkehr bestimmt hat. Eine allgemeine Beweiskraft für den Rechtsverkehr kann der Entwurf deshalb nicht besitzen.

Das gilt unabhängig davon, ob die Unterschrift des Schriftführers mit Absicht oder irrtümlich unterblieben ist.

Fehlt dagegen nur eine von zwei erforderlichen Schriftführer-Unterschriften, so liegt bereits eine Niederschrift im Rechtssinn vor, die allerdings unvollständig ist. Das Fehlen der zweiten Unterschrift bewirkt, daß diese Niederschrift nicht die volle Beweiskraft entfalten kann, sondern insgesamt der freien Beweiswürdigung überlassen bleiben muß (siehe Ziff. III b).

b. Keine Beweiskraft besitzt die unechte Urkunde²⁾. Die Echtheit ist Bedingung der Beweiskraft³⁾. Die Niederschrift muß deshalb, um als Beweismittel verwertbar zu sein, von dem durch die Unterschrift bezeichneten Aussteller herrühren (veritas instrumenti) und unverändert geblieben sein (bonitas instrumenti)⁴⁾. Fehlt eines dieser Elemente, so kann die Urkunde - auch wenn sie eine sachlich nur unbedeutende Fälschung enthält⁵⁾ - kein Vertrauen im Rechtsverkehr erwarten; sie ist als Beweismittel wertlos.

1) Allg. Meinung: Stein-Jonas, § 159 Anm. III 1; Müller-Sax, § 271 Anm. 2; Baumbach-Lauterbach, Erläuterung zu § 162; H.J. Schmidt, DRiZ 1960, 53; Schuler, NJW 1955, 1258; Rasow, NJW 1958, 645. Widersprüchlich die Begründung des EVwVerfG 1963, wo die Unterschrift einmal als beweisbegründend (Erl. zu § 78), einmal als beweiserhöhend (Erl. zu § 54) angesehen wird.

2) Zur Echtheit vgl. oben § 8.

3) Für viele Stein-Jonas, § 437 Anm. I, 1; Rosenberg, § 118 III, 1.

4) Wetzell S. 236.

5) Z.B. die nachträgliche Änderung einzelner Angaben des anderen Schriftführers.

§ 14 Bedeutung der Niederschrift für die Verfahrens-
entscheidung

Die Erstellung der Niederschrift ist keine tatsächliche, sondern eine Rechtshandlung der Verwaltung. Als Rechtshandlung stellt sie eine Wissensäußerung dar, deren Rechtsfolge unabhängig vom Willen des Erklärenden eintritt¹⁾. Beachtet also die Urkundsperson bei der Anfertigung der Niederschrift die Anforderungen an ihre Ordnungsmäßigkeit, so tritt die Beweiskraft der Niederschrift von selbst ein. Verstößt die Urkundsperson gegen diese Anforderungen, so wird die Beweiskraft - wie im vorhergehenden § 13 dargestellt - betroffen.

Fraglich bleibt, welche Bedeutung die Regeln über die Anfertigung der Niederschrift für die Rechtmäßigkeit des Verfahrens und damit die Rechtswirksamkeit der jeweiligen Verfahrensentscheidung besitzen. Ein Einfluß ist in zwei Formen denkbar: die Anfertigung der Niederschrift könnte zum einen Gültigkeitsvoraussetzung für die in ihr enthaltenen Verwaltungsakte oder Beschlüsse sein. Zum anderen könnte die Nichtbeachtung oder Verletzung von Vorschriften zur Niederschrift als Verfahrensmangel zu qualifizieren sein, der die Verfahrensentscheidung rechtswidrig und damit nichtig oder aufhebbar machen könnte.

1) Vgl. Wolff I, § 45 II b 2.

I. Die Niederschrift besitzt keine rechtsbegründende Wirkung in dem Sinne, daß nur aus den in sie aufgenommenen Verwaltungsentscheidungen Rechtswirkungen hervorgehen könnten¹⁾. So ist insbesondere die Feststellung von Beschlüssen eines Beratungsverfahrens in der Niederschrift nicht Bedingung für ihre Gültigkeit, wenn sie an sich in gesetzlicher Form zustande gekommen sind²⁾. Die Niederschrift ersetzt auch nicht die für die Bekanntgabe von Verwaltungsakten gesetzlich vorgeschriebene Form³⁾. Sie dient in keiner Weise konstitutiven, sondern nur deklaratorischen Zwecken, nämlich allein der zuverlässigen Beurkundung. Das ergibt sich aus dem Sinn der Niederschrift. Die beweiserheblichen Tatsachen - dazu gehören vornehmlich Beschlüsse und Entscheidungen - sollen für den Rechtsverkehr eindeutig feststellbar sein. Dazu ist die förmliche Aufzeichnung mit der Folge einer verstärkten Beweisvermutung gegenüber sonstigen Verfahrensaufzeichnungen besonders geeignet. Es wird damit aber keine amtliche, rechtsfolgebegründende Feststellung vorgenommen, da die Niederschrift trotz ihres nach außen hin amtlichen Charakters als öffentliche Urkunde in ihrer Entstehung und Gestaltung dem Willen des Urkundsbeamten überlassen ist und nur eine höchstpersönliche eigenverantwortliche Berichterstattung enthält. Für eine amtliche Feststellung der Entscheidungen mit der Folge konstitutiver Wirkung wäre eine von dem Einfluß- und Mitbestimmungsrecht der aufzeichnenden Person unabhängige Darstellungsform geboten.

Die Niederschrift kann jedoch in Ausnahmefällen eine über die Beweisfunktion hinausgehende Bedeutung für das Ver-

-
- 1) BvVG v. 28.11.1957, NJW 1958, 274; OVG Münster v. 22.9.1958, DVBl 1959, 72.
- 2) Allgemeine Meinung, so für das Gemeinderecht: Salzmann-Schmuck, Erl. zu § 42; Kottenberg, § 37 Anm. I; Kunze-Schmid, § 38 Anm. I, 1; Helmreich-Widtmann Art. 54, Ziff. 4 preuß. OVG v. 8.3.1903 E 9, 47; bay. VGH AS 7, 295; 10, 91; 17, 308; 31, 79; Bay. Bgm 1956, 214 (o. Verf.); so auch für das Personalvertretungsrecht Molitor, § 40 Anm. 5; Dietz, § 40 Rdnr. 11; LAG Stuttgart v. 15.9.1949, BB 1950, 340; LAG Frankfurt v. 11.7.1957, BB 1957, 700; a.A. Müller, BB 1950, 323.
- 3) BvVG v. 28.11.1957, NJW 1958, 274; OVG Münster v. 22.9.1958, DVBl 1959, 72.

fahren besitzen. Es lassen sich dafür zwei Beispiele anführen:

a. Die sog. Einigungsniederschrift im Enteignungsverfahren¹⁾ ist nicht nur Beweismittel, sondern konstitutive Urkunde. Sie kommt einem Vollstreckungstitel gem. § 794 ZPO gleich und ist damit Grundlage der Zwangsvollstreckung wegen der in ihr bezeichneten Leistungen²⁾.

b. Der Wahlvorschlag eines Bewerbers zur Wahl in den Bundes- oder Landtag muß neben anderen Erfordernissen eine Niederschrift über die Versammlung, in der der Bewerber nominiert wird, enthalten³⁾. Diese Niederschrift ist zwar Beweisurkunde, soweit sie über die tatsächlich stattgefundene Nominierungsversammlung zuverlässig Auskunft geben soll. Als Bestandteil des Wahlvorschlages ist sie jedoch über die Funktion des bloßen Beweismittels hinausgewachsen; sie stellt insoweit eine Wirksamkeitsvoraussetzung für einen gültigen Wahlvorschlag dar⁴⁾.

II. Verfahrensvorschriften haben die bis zum Erlaß eines Verwaltungsaktes (bzw. Beschlusses) zu beobachtenden formellen Erfordernisse zum Gegenstand⁵⁾. Deshalb müssen alle die Niederschrift betreffenden Vorschriften zu den Verfahrensregeln gezählt werden. Sieht eine Bestimmung die An-

1) Siehe § 6 Ziff. II b dieser Arbeit.

2) Heitzer-Oestreicher, § 110 Anm. 3; Schütz-Frohberg, § 110 Anm. 2; Burghartz, § 116 Ziff. 1.

3) § 22 VI BWahlG i.V.m. § 30 V Ziff. 3 BWahlO; § 11 S. 2 hess. KomWahlG.

4) Vgl. Nass, S. 89; Seifert, Erl. zu § 22 BWahlG; Schneider S. 18.

5) Jellinek, S. 269 f.; Huber II, S. 724.

fertigung einer Niederschrift verbindlich vor und enthält sie - wie es i.d.R. der Fall ist - weitere Anforderungen an Inhalt und Umfang, so liegt im Einzelfall eine Gesetzesverletzung vor, wenn diesen Anforderungen nicht genügt wird¹⁾. Jede Gesetzesverletzung bedeutet aber einen Verfahrensmangel.

a. Fraglich ist hier der Einfluß dieses Mangels auf die Rechtswirksamkeit der Verfahrensentscheidung. Gesetzgeber und Literatur haben sich mit dieser Frage bereits auseinandergesetzt.

Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung trifft § 107 II S. 3 AktG für die Niederschrift des Aufsichtsrates einer Aktiengesellschaft. Danach macht weder der Verstoß gegen die Pflicht, eine Niederschrift anzufertigen, noch die Verletzung der gesetzlichen Erfordernisse an Inhalt und Form die Beschlußfassung des Aufsichtsrates unwirksam.

Im Bereich des Verwaltungsrechts ist erstmalig in dem Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes von 1963 eine ähnliche Regelung vorgeschlagen worden²⁾. § 36 EVwVerfG 1963 bestimmt, daß Verfahrens- und Formfehler dann nicht zur Aufhebung eines Verwaltungsaktes führen, wenn "keine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können oder wenn anzunehmen ist, daß die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflußt hat".

Der Entwurf geht dabei von folgender Überlegung aus. Ist eine Entscheidung sachlich richtig, so soll nicht allein wegen eines Verfahrensmangels der Bürger die Aufhebung verlangen oder die Behörde von sich aus die Aufhebung vornehmen können³⁾. Der Entwurf stützt sich damit auf den von der neueren Literatur und Rechtsprechung anerkannten Grundsatz, daß nicht jedem Verfahrensfehler Einfluß auf die Rechtswirksamkeit des Verwaltungsaktes zukommen kann⁴⁾. Da jeder Ver-

1) Vgl. Forsthoff, S. 216, 218; auch Wilhelmi, § 107 Anm. 6.

2) Inzwischen ist diese Regelung wörtlich in das schlholst. LVwG von 1967 übernommen worden (§ 115).

3) Amtl. Begründung zu EVwVerfG 1963, S. 162.

4) A.A. noch Jellinek, S. 229, der jeden Verstoß gegen eine verbindliche Verfahrensvorschrift (im Gegensatz zu Sollvorschriften) als Anfechtungsgrund sieht.

waltungsakt, auch der fehlerhaft zustande gekommene, im Zweifel gültig¹⁾, besser gesagt rechtswirksam²⁾ sei, sei zunächst zu fragen, ob dem unterlaufenen Verfahrensfehler überhaupt eine Bedeutung für die Rechtsbeständigkeit des Verwaltungsaktes zuzumessen sei. Das aber müsse für alle diejenigen Verfahrensmängel verneint werden, die auf den Inhalt des Verwaltungsaktes ersichtlich keinen Einfluß besäßen³⁾.

Dieser Gedanke läßt sich begründen mit dem Hinweis auf den Sinn und die Aufgabe der Verfahrensvorschriften. Diese Vorschriften sollen das Verfahren nur im Interesse einer materiell richtigen Sachentscheidung in bestimmte Bahnen zwingen⁴⁾, sie besitzen also i.d.R. eine Hilfs- und Garantiefunktion für die Sachentscheidung, indem sie die Beachtung der Verfahrensmaximen sichern und reglementieren. Nur, soweit sie dadurch den Entscheidungsvorgang sachlich beeinflussen können, sind sie für die Entscheidung selbst rechtlich bedeutungsvoll.

Auch das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit erfordert die Aufhebung eines Verwaltungsaktes nur dann, wenn er aufgrund des Fehlers tatsächlich mangelhaft ist oder die bloße Möglichkeit besteht, daß die Verwaltungsentscheidung bei Einhaltung der Verfahrensvorschrift anders ausgefallen wäre⁵⁾.

1) Forsthoff, S. 217; vgl. preuß. OVG v. 25.11.1926, AS 81, 268 (273); v. 4.10.1935, AS 97, 95 (99); BVwG v. 21.1.1954, BVwGE 1, 67 (69).

2) Wolff I, § 50 I b.

3) Forsthoff, S. 218; Wolff I, § 51 IV b 5; Huber II, S. 726; BVwG v. 28.11.1957, NJW 1958, 274; OVG Münster v. 22.9.1958, DVBl 1959, 72 mit zustimmender Anmerkung von Wolff; BVwG v. 13.5.1960, RWS 1961, 88; badwürtt. VGH v. 29.10.1962, RWS 1963, 142; OVG Münster v. 28.10.1965, RWS 1966, 128.

4) Groschupf, DVBl 1962, 630; Bettermann, Anm. zum Urteil des VG Sigmaringen v. 17.9.1962, DVBl 1963, 826 - 828.

5) Die gegenteilige Meinung fordert, daß der Verwaltungsakt wegen jedes Verfahrensfehlers aufgehoben werden muß, so VGH Mannheim v. 6. 11. 1962, badwürtt. VBl. 1963, 132.

Seine Aufhebbarkeit in jedem Falle der Verletzung ist aus rechtsstaatlichen Gründen nicht geboten¹⁾.

Der Entwurf des VwVerfG 1963 unterscheidet deshalb in § 36 konsequent zwei Fälle, in denen eine sachlich zutreffende Entscheidung nicht aufhebungsbedürftig ist: den Akt der gebundenen Verwaltung, der im Wiederholungsverfahren entsprechend seinen gesetzlichen Voraussetzungen unbeeinflusst von Verfahrensregeln gleichlautend ergehen müßte und die Ermessensentscheidung, bei der feststeht, daß der Mangel tatsächlich ohne Auswirkungen auf ihren Inhalt geblieben ist. In beiden Fällen kann die Garantiefunktion der Verfahrensvorschrift gar nicht wirksam werden; deshalb hat auch ihre Verletzung keine Bedeutung für die Wirksamkeit der Verfahrensentscheidung. Der Verstoß stellt einen unbeachtlichen Verfahrensmangel dar²⁾.

b. Der in § 36 des EVwVerfG 1963 konkretisierte Grundgedanke gilt auch für Verfahrensfehler, die auf der Verletzung von Vorschriften zur Niederschrift beruhen. Allerdings ist hier die Frage nach der Einflußmöglichkeit auf die Verfahrensentscheidung nicht zu prüfen. Bei diesen Mängeln ist vielmehr ihrer Natur nach ihre inhaltliche Beeinflussung der Verfahrensentscheidung in keinem Fall denkbar³⁾. Die Regeln zur Niederschrift besitzen nämlich keine Garantiefunktion bezüglich der Sachentscheidung, sondern dienen allein dem Zweck, die Erstellung eines mit bestimmter Rechtswirkung ausgestatteten förmlichen Beweismittels zu garantieren⁴⁾. Ihre Verletzung stellt aus diesem Grunde stets einen für die Verfahrensentscheidung unbeachtlichen Verfahrensmangel dar.

1) Vgl. § 337 f. StPO; die Revision ist auch nicht bei jedem Verfahrensmangel begründet.

2) Es ist gleich, ob ein Verstoß gegen eine gesetzliche oder nur verwaltungsinterne Verfahrensbestimmung vorliegt, vgl. OVG Münster v. 22.9.1958, DVBl 1959, 72.

3) Ähnliche Vorschriften sind Bestimmungen über den Tagungs-ort, die Häufigkeit der Sitzungen, die Sitzordnung u.a.

4) Vgl. BVwG v. 18.11.1957, NJW 1958, 274; OVG Münster v. 11.9.1958, DVBl 1959, 72.

§ 15 Zusammenfassung

Die vorliegende Untersuchung war von der Frage ausgegangen, welche allgemein gültigen Regeln das Bild der Niederschrift bestimmen, wenn im Einzelfall nur lückenhafte gesetzliche oder verwaltungsinterne Regelungen bestehen oder völlig fehlen. Das Ergebnis der Überlegungen kann in folgenden Leitsätzen zusammengefaßt werden:

1. Die Niederschrift ist in der öffentlichen Verwaltung nicht zu einem besonderen Rechtsinstitut ausgestaltet, sondern eine allgemeine Einrichtung des Rechts, die in gleichartiger Form in allen Rechtsbereichen Verwendung findet. In der öffentlichen Verwaltung wird sie bei beweismichtigen, tatsächlichen Vorgängen erforderlich; sie kann aber über jedes beliebige Ereignis angefertigt werden.
2. Die Niederschrift ist Zeugnisurkunde. Sie berichtet über ein tatsächliches Geschehen, das in förmlicher Weise zu Beweiszwecken verselbständigt wird. Sie stellt deshalb keine Wirksamkeitsbedingung ihres Inhalts dar, sondern ist lediglich Beweismittel.
3. Die wesentlichen Inhaltserfordernisse ergeben sich aus der Beweisaufgabe. Die Feststellungsangaben sind Bestandteil jeder Niederschrift.

4. Notwendiges Erfordernis ist die Unterschrift des Verfassers, da die Niederschrift eine persönliche Zeugnisurkunde ist, für deren Angaben der Verfasser mit seiner Unterschrift die volle Verantwortung hinsichtlich der Richtigkeit und Vollständigkeit übernimmt.

5. In der öffentlichen Verwaltung ist nicht der Verfasser, sondern die Behörde, in deren Auftrag dieser die Niederschrift herstellt, Aussteller. Die Niederschrift ist deshalb i.d.R. eine öffentliche Urkunde, die eine widerlegliche Vermutung für die Richtigkeit und Vollständigkeit ihrer gesamten Angaben begründet.

6. Der Gegenbeweis ist nur im Rechtszug des förmlichen Verwaltungsverfahrens auf den Nachweis der Fälschung beschränkt; im übrigen aber mit allen verfügbaren Beweismitteln jederzeit zulässig.

7. Mängel der Niederschrift, die ihr äußerlich anhaften oder im Verlauf des Verfahrens aufgetreten sind, beeinträchtigen in unterschiedlichem Umfang ihre Beweiskraft. Entscheidend bleibt, inwieweit die Glaubwürdigkeit der Urkunde durch den Mangel beeinträchtigt wird. Mängel sind jedoch ohne Bedeutung für die Verfahrensentscheidung, deren Rechtmäßigkeit sie mangels sachlicher Einflußmöglichkeit nicht berühren können.

Lebenslauf

Als Sohn des Oberpostmeisters Paul Freitag und seiner Ehefrau Elfriede, geb. Hölscher, bin ich am 10. Juli 1937 in Dortmund geboren. Ich wurde infolge der kriegsbedingten Evakuierung 1943 in Luttingen, Kreis Säckingen, eingeschult. Von 1948 bis 1950 besuchte ich die Städtische Oberschule für Jungen in Witten/Ruhr und wechselte dann auf das Freiherr-vom-Stein-Gymnasium nach Lünen über, wo ich Ostern 1957 die Reifeprüfung ablegte.

Ab Herbst 1957 studierte ich Rechtswissenschaft an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster und der Universität des Saarlandes und bestand im Frühjahr 1963 die erste juristische Staatsprüfung am Oberlandesgericht Hamm. Neben dem Vorbereitungsdienst war ich längere Zeit zugleich als Korrekturassistent am Kommunalwissenschaftlichen Institut der Universität Münster tätig. Im Herbst 1968 bestand ich die zweite juristische Staatsprüfung am Landesjustizprüfungsamt Düsseldorf

